

Los sistemas de protección de menores:

patria potestad, tutela y acogimiento

Isabel Miralles González
Encarna Roca Trias
Amalia Blandino Garrido

PID_00237192

Tiempo mínimo previsto de lectura y comprensión: **3 horas**



Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. La potestad de los padres	7
1.1. Concepto	7
1.2. Los titulares de la potestad	8
1.3. El contenido de la patria potestad	9
1.4. La representación de los hijos por parte de los padres	9
1.5. La administración de los bienes de los hijos	10
1.6. Actos de disposición sobre los bienes de los hijos	11
1.7. Las vicisitudes de la potestad: privación, recuperación y extinción	12
2. La potestad prorrogada	13
3. La tutela	14
3.1. Concepto	14
3.2. Constitución y delación	14
3.3. El ejercicio del cargo	16
3.4. Extinción de la tutela	17
4. Las otras instituciones de protección	18
4.1. La curatela	18
4.2. El defensor judicial	19
4.3. La guarda de hecho	19
5. Los sistemas de protección de menores desamparados	20
5.1. La declaración de desamparo del menor	20
5.2. El acogimiento	21
Resumen	23
Actividades	25
Ejercicios de autoevaluación	25
Solucionario	27
Glosario	28

Bibliografía.....	29
--------------------------	-----------

Introducción

El módulo 6 trata de los sistemas de protección de menores: patria potestad, tutela y acogimiento. Los sistemas varían según la situación en que se encuentre el menor: si tiene padres, si no los tiene o si, teniéndolos, es mejor que no esté bajo sus órdenes, etc. El ordenamiento jurídico ofrece una solución para cada una de estas hipótesis. Siempre se parte de un único supuesto, y es que el menor no puede actuar por sí mismo y, por consiguiente, debe señalarse quién actuará por él, cuáles serán los límites de dicha gestión, y quién y cómo controlará los actos que lleve a cabo.

Objetivos

El objetivo principal que se pretende alcanzar en este módulo es el conocimiento del funcionamiento y la finalidad de los sistemas de protección de menores. En concreto, ello supondrá:

- 1.** Saber cómo se determinan las titularidades de las diferentes instituciones estudiadas y cómo funciona la representación, la administración y la disposición de los bienes del menor.
- 2.** Distinguir las distintas vicisitudes que pueden afectar a la patria potestad –privación, recuperación y extinción–, así como las situaciones de patria potestad prorrogada y rehabilitada. Se prestará atención a los efectos que es preciso atribuir a cada una de las mismas.
- 3.** Describir las necesidades que determinan la aparición de otras instituciones tutelares –curatela, defensor judicial y guarda de hecho– y examinar su ejercicio.
- 4.** Y, para acabar, conocer los supuestos en que se produce el desamparo del menor y las soluciones que el ordenamiento prevé.

1. La potestad de los padres

1.1. Concepto

El sistema mixto que establece el art. 39 CE sitúa a cargo de los padres la función de proporcionar a los hijos todo lo que éstos últimos precisen. El tercer párrafo de este artículo establece que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio". En consecuencia, la atención primaria deben prestarla los padres y, si no los hay, los poderes públicos son los encargados de proveer las necesidades del menor.

Como consecuencia de ello, la ley atribuye a los progenitores la potestad sobre los hijos (art. 154 CC); es decir, el sistema de protección de menores, constituye el contenido básico de la relación paternofilial. La patria potestad se concibe como una función que la ley confiere a los progenitores sobre sus hijos menores de edad no emancipados, en orden a su cuidado, educación, representación y administración de sus bienes.

La patria potestad es un efecto que deriva, por ministerio de la ley, de la filiación (STS de 17 junio de 1995). Como indica la STS de 31 de diciembre de 1996, la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (por naturaleza o adoptiva, matrimonial o no matrimonial).

La patria potestad consiste en una función que se ejerce siempre en beneficio de los hijos. Por ello, se considera que la finalidad de la potestad de los padres es la de facilitar el pleno desarrollo de la personalidad del menor por medio de su ejercicio y en su interés.

Convenimos, por tanto, en que los derechos que forman el contenido de la potestad se ejercen en el marco del interés familiar con la finalidad de facilitar el desarrollo global de la personalidad de quien está sometido a la misma, por lo que los padres están obligados a relacionarse con los hijos, con quienes tienen obligaciones de convivencia, de alimentos y a quienes deben procurar la educación que les proporcione una formación integral. El Código Civil define la patria potestad en el art. 154 como el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarles y educarlos, así como procurarles una formación integral. Todo ello en beneficio de los hijos y de acuerdo con la personalidad de cada uno de los mismos y con respeto a su integridad física y psicológica.

De aquí se deduce que la potestad constituye una función que se ejerce en beneficio de los hijos. Por ello, comprende deberes y facultades, que no son libres, sino de ejercicio obligado, hasta el punto de que se considera una fun-

ción inexcusable. Por este motivo, la jurisprudencia ha declarado que posee un carácter personalísimo y que es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible (para más información, podéis consultar la STS de 26 de noviembre de 1995, entre otras decisiones en el mismo sentido).

La potestad de los padres no acaba necesariamente con la mayoría de edad de los hijos, puesto que si éstos han sido incapacitados, comporta la prórroga (cuando la incapacitación tiene lugar durante la minoría de edad) o la rehabilitación de la potestad (cuando ha tenido lugar durante la mayoría de edad del hijo y los progenitores pueden ejercer todavía esta función). En este sentido, recomendamos la consulta del art. 171 CC.

Durante la minoría de edad de los hijos, el régimen de la patria potestad agota el contenido de las relaciones entre los padres y los hijos. Sin embargo, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, se emancipan, cesa la situación de incapacitación que dio lugar a la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, o cuando ambos progenitores han sido privados o excluidos de esta, existirá una relación paternofamiliar, con un contenido propio descrito en diversos preceptos del Código civil. Así, los padres, aunque no sean titulares de la potestad, están obligados a relacionarse con los hijos, prestarles alimentos y velar por ellos (artículos 110, 111 y 160 CC). Por otra parte, los hijos deben respetar siempre a los padres (artículo 155 CC). Existe, además, una obligación de alimentos entre los ascendientes y los descendientes, incluso una vez acabada la patria potestad.

1.2. Los titulares de la potestad

La patria potestad es conjunta y pertenece a los progenitores, con independencia de que estén casados o no, siempre que se haya determinado legalmente la filiación en relación con ambos (art. 154 CC).

En situaciones normales, la potestad se ejerce conjuntamente, aunque se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro en el ejercicio ordinario de la potestad (art. 156 CC).

Existen casos, a causa de las circunstancias de los padres, en que el ejercicio conjunto plantea problemas:

a) Se pueden producir desacuerdos, en cuyo caso cualquiera de los progenitores podrá acudir al juez, que decidirá cuál debe poseer la facultad de decidir. Si son reiterados, el juez podrá atribuir el ejercicio total o parcialmente a uno de los padres. No obstante, la intervención judicial debe producirse a instancias de los progenitores (artículo 156.2 CC).

b) Si existe ausencia o incapacidad de uno de los progenitores, el otro ejercerá solo la patria potestad (art. 156.4 CC).

c) La separación de los padres determina que el que conviva con el hijo sea quien ejerza la patria potestad (art. 156.5 CC). En estos casos, no obstante, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá distribuir entre padre y madre las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, o si lo considera adecuado, puede atribuir al solicitante, parcialmente, su ejercicio. No cabe la atribución del íntegro ejercicio al progenitor no conviviente.

1.3. El contenido de la patria potestad

La ley atribuye a la patria potestad los dos contenidos siguientes:

a) Un **contenido personal**, que se refiere a la obligación mencionada anteriormente de que los padres velen por los hijos, los tengan en su compañía, los eduquen, los alimenten y les proporcionen una formación integral. Esto significa que les procuren atenciones físicas y morales, siempre con la finalidad de permitir el libre desarrollo de su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Como contrapartida, se exige también a los hijos una determinada conducta: el deber de obediencia mientras sean menores de edad y el de respeto para siempre (art. 155 CC). El deber de respeto no deriva, pues, de la patria potestad, sino de la relación paternofilial, resultando exigible incluso una vez extinguida la patria potestad.

b) Un **contenido patrimonial**, dado que los padres deben administrar los bienes de sus hijos y pueden realizar actos de disposición sobre estos, aunque en algunos casos se requiera autorización judicial (artículo 166 CC). Por su parte, los hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia, siempre que convivan con alguno de sus progenitores (artículo 155.2.º CC). Este deber aparece vinculado a la convivencia en familia ("mientras convivan con ella"), por lo que subsiste una vez se ha extinguido la patria potestad. Mientras el hijo esté bajo la patria potestad de los padres, estos podrán hacer efectiva la contribución de aquel destinando al levantamiento de las cargas familiares los frutos de los bienes del hijo que administren, o solicitando se les entreguen los frutos de los bienes que no administren (artículo 165.1 y 2 CC).

Los progenitores, como titulares de la patria potestad, poseen, asimismo, la representación legal de los hijos menores no emancipados, dada la limitada capacidad de estos para actuar por sí mismos (artículos 154.2.º y 162 CC).

1.4. La representación de los hijos por parte de los padres

Los padres tienen la representación legal de los hijos no emancipados, como consecuencia de su limitada capacidad de actuar por ellos mismos. De este modo se establece en los art. 154, 2.º y 162.1 CC. En principio, esta representación comprende todos los ámbitos de actuación del menor o del mayor sometido a potestad prorrogada, aunque se exceptúen determinados actos:

- a) Los actos relativos a los derechos de la personalidad que los hijos pueden ejercer por ellos mismos cuando su capacidad natural se lo permita (véanse al respecto los artículos 4 a 8 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).
- b) Los que el hijo pueda hacer por él mismo, de acuerdo con las leyes y con su capacidad natural. Así, por ejemplo, el hijo no necesita un representante legal para consentir su propia adopción, si tiene más de doce años (art. 177.1 CC).
- c) Los padres tampoco podrán ejercer la representación cuando exista un conflicto de intereses con los hijos; en este caso, deberá nombrarse a un defensor judicial (art. 163 CC).
- d) Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres (para más información, podéis consultar el apartado siguiente).

En algunos supuestos, los padres necesitan el consentimiento del hijo. Ello sucede cuando el acto que quieren hacer comporta prestaciones personales a cargo del propio hijo. El consentimiento deberá prestarlo siempre que tenga suficiente juicio.

1.5. La administración de los bienes de los hijos

Los padres son los administradores de los bienes de los hijos, como dispone el art. 164 CC. Tienen las obligaciones generales de todo administrador y deben actuar según la naturaleza y las características de los bienes que administran.

Cuando en la administración se produzca un conflicto de intereses entre los padres y el hijo, el juez deberá nombrar a un defensor judicial que represente los intereses del hijo (art. 163 y 299, 1.º CC). Asimismo, el juez puede adoptar las medidas necesarias para evitar el perjuicio de los intereses del hijo e, incluso, nombrar a un administrador (art. 167 CC).

No obstante, algunos bienes quedan al margen del poder de administración de los padres: los que el hijo hubiera adquirido a título gratuito, cuando el donante hubiera establecido una administración especial. Sucede lo mismo con los bienes adquiridos por causa de muerte, cuando el causante también hubiera previsto un sistema independiente de administración (art. 164.1 y 2 CC). Asimismo, quedan excluidos aquellos bienes que el hijo haya obtenido con su trabajo a partir de los dieciséis años (art. 164.3 CC).

Los frutos y las rentas de los bienes del hijo le pertenecen, pasan a formar parte de su patrimonio, aunque está obligado a contribuir a los gastos familiares, de forma equitativa, mientras conviva con los padres (art. 165.2 CC). Estos últimos pueden destinar estos rendimientos a tal finalidad y a las necesidades propias del menor o del sometido a la potestad.

Los padres no están obligados a hacer inventario, aunque son responsables de los daños o perjuicios que ocasionen en los bienes que administran, siempre que se produzca por dolo o culpa propia. Tampoco tienen derecho a ser remunerados, dadas las características de función que se atribuyen a la potestad, aunque tengan derecho a un resarcimiento si la administración les ocasiona daños o perjuicios o les genera un determinado tipo de gasto que, de otra manera, no se puede recuperar.

1.6. Actos de disposición sobre los bienes de los hijos

En principio, de las disposiciones que contiene el art. 166 CC (interpretado contrariamente), puede deducirse que los padres poseen un poder de disposición respecto a los bienes del menor. No obstante, para evitar perjuicios irreparables, la ley establece unas reglas bastante precisas, con la finalidad de controlar la corrección del acto de disposición, de manera que se requiere autorización judicial para efectuar alguno de los actos siguientes (art. 166 CC):

a) Enajenar y gravar inmuebles, establecimientos mercantiles, empresas, bienes muebles de valor extraordinario, objetos de arte y acciones o participaciones sociales. Además de la autorización judicial, el art. 166.1 CC exige que intervenga el Ministerio Fiscal y que se justifique la necesidad de enajenación en la "utilidad o necesidad".

b) Renunciar a derechos de los que sean titulares los hijos, tales como los derechos de crédito.

c) Repudiar herencias, legados y donaciones. Si el juez denegase la autorización, la herencia sólo podría ser aceptada a beneficio de inventario (art. 166.2 CC).

La autorización judicial debe ser previa, así como concederse siempre en interés del hijo y por razones de utilidad. Si no se hubiera obtenido la previa autorización judicial, el acto no sería nulo por falta de consentimiento, sino que sería anulable (impugnable) por el afectado durante los cuatro años siguientes a la obtención de la mayoría de edad. A pesar de que el Código no lo menciona expresamente, ésta es la opinión de la doctrina civilística apoyada por la STS de 30 de marzo de 1987.

Si el hijo es mayor de dieciséis años, no será necesaria autorización judicial, cuando consienta, en documento público, el acto de disposición, ni cuando tratándose de enajenación de valores mobiliarios, su importe se revierta en bienes o en valores seguros.

1.7. Las vicisitudes de la potestad: privación, recuperación y extinción

El padre o la madre pueden perder la titularidad o el ejercicio de la potestad por medio de una resolución judicial. Cabe también que la patria potestad se extinga.

a) La extinción de la potestad consiste en el cese total y sin carácter punitivo de la potestad. Tiene lugar por la llegada del hijo a la mayoría de edad, la emancipación, la muerte de ambos titulares o la adopción del hijo. Cuando se extingue la patria potestad y el hijo es menor de edad, se debe proceder a la constitución de la tutela.

b) La privación consiste en una sanción impuesta por sentencia a consecuencia de la realización de actos perjudiciales o el incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad. Esta sentencia puede haberse dictado en un proceso civil, matrimonial (art. 170 CC) o en una causa penal (art. 226 CP).

c) La suspensión consiste en una interrupción temporal en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad. Tiene lugar cuando, según el juez, existe una causa justificada (como en el caso previsto en el artículo 167 CC).

La privación o suspensión de la patria potestad no tiene carácter irreversible, pues, según el artículo 170, los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de esta, si hubiere cesado la causa o cuando lo aconseja el interés del hijo.

Cuando se extingue la potestad, se debe proceder a la liquidación de la situación producida por la administración atribuida legalmente a los padres. Los hijos pueden exigir la rendición de cuentas y los padres responden del deterioro de los bienes, siempre que en la pérdida hayan tenido una culpa grave (art. 168 CC).

2. La potestad prorrogada

La potestad se puede prorrogar o rehabilitar en aquellos casos en que los hijos hayan sido incapacitados antes de llegar a la mayoría de edad, o bien cuando, aun siendo mayores, están incapacitados y conviven con los progenitores. Esta institución está regulada en el art. 171 CC.

El contenido de la potestad prorrogada será el que determine la sentencia de incapacitación y, en su defecto, se aplicarán subsidiariamente las reglas generales que se acaban de explicar.

Se extingue por la defunción de los padres, por la adopción del hijo¹, por la constitución de la tutela y por el matrimonio del incapacitado. Asimismo, se puede extinguir por el cese de la incapacidad, que, en cualquier caso, requiere una resolución judicial que así lo declare.

⁽¹⁾ Consultad el módulo 5.

3. La tutela

La tutela está regulada en los art. 215-285 CC, a los que nos remitimos para más precisión.

3.1. Concepto

La tutela constituye un sistema de protección de los menores y de las personas incapacitadas que se produce cuando el padre o la madre no son titulares de la patria potestad por alguna de las causas que hemos visto en el apartado 1. Por tanto, están sometidos a la tutela los menores no emancipados que no estén sometidos a la potestad y los incapacitados (art. 222 CC).

La tutela es un sistema de protección, basado en un modelo familiar. Igual que la potestad, constituye una función que se ejerce en beneficio de quien está sometido a la misma. Por ello, la tutela es obligatoria, aunque quien sea designado para ejercer el cargo de tutor puede alegar alguna de las excusas expresamente previstas en la ley para no ejercer el cargo (art. 251 CC).

3.2. Constitución y delación

Están obligados a promover la constitución de la tutela los parientes llamados a la misma, la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 229 CC). Está igualmente obligado el juez o el Ministerio Fiscal, cuando tuvieran conocimiento de la existencia de cualquier persona que deba ser sometida a tutela. (art. 230 CC), aunque el Código legitima a cualquier persona para poner el hecho en conocimiento judicial con el fin de forzar su intervención.

La constitución de la tutela corresponde a los órganos judiciales. Se requiere previa audiencia de los parientes más próximos y en todo caso del tutelado, si tuviera suficiente juicio y siempre, si fuera mayor de doce años (art. 231 CC).

La tutela puede ser desempeñada por una sola persona o por varias conjuntamente. El Código permite que la ejerza tanto una persona física como jurídica (art. 241 y 242 CC). En este último caso, la ley sólo exige que se trate de personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de los menores.

Para determinar los llamamientos², el Código facilita al juez un orden de preferencia, que se denomina *dativo*.

⁽²⁾En el caso de que la tutela sea ejercida por un único tutor.

- La persona designada por el propio tutelado, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro.
- Cónyuge que conviva con el menor o incapacitado.
- Los padres.
- La persona o personas designadas por los padres en testamento o en disposición de última voluntad.
- El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Consulta recomendada

Para más información, recomendamos la consulta de los art. 223 y 234 CC.

La designación paterna no resulta vinculante para el juez, ni tampoco el orden anteriormente señalado si se considera que el interés del menor o incapacitado quedará mejor protegido de otro modo.

La tutela conjunta viene admitida por el artículo 236 del Código en los casos señalados por la norma:

- Cuando convenga separar como cargos distintos el tutor de persona y el de los bienes.
- Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre.
- Si se designa a una persona tutora de los hijos de un hermano y se considera conveniente que el cónyuge también ejerza la tutela.
- Cuando el juez nombra tutores a las personas que los padres hubieran designado.

Cuando los tutores son varios, es preciso determinar cómo se debe ejercer la tutela. Como norma, esta última se ejercerá de un modo conjunto, aunque será válido lo que se haga con el acuerdo de la mayoría. El juez puede alterar este sistema y establecer la actuación solidaria (lo que haga cualquiera vincula a los demás) (art. 237 CC).

Para ser tutor, la ley requiere que el designado se encuentre en el pleno ejercicio de sus Derechos civiles y que no esté incurso en causa de inhabilidad. Estas causas están previstas en los artículos 243 y 244 del Código y afectan, como regla general, a aquellos que hayan sido privados de la patria potestad, que hayan sido apartados de otro cargo tutelar, que tuvieran intereses contrapuestos o graves enfrentamientos con quien esté sometido a tutela, a los que hayan sido condenados a una pena de privación de libertad, etc. Asimismo, los padres (en testamento o escritura) pueden excluir a ciertas personas (parientes que recibirían el llamamiento en caso contrario).

El designado capaz puede excusarse de ejercer el cargo. El art. 251 señala que "será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo". La causa de excusa deberá presentarse dentro de los quince días siguientes al conocimiento de su nombramiento. Si la causa es sobrevenida (enfermedad), podrá ser alegada en cualquier momento.

La tutela de los menores desamparados corresponde a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores. Esta entidad tendrá, por ministerio de la ley, la tutela sobre el menor (art. 172 CC).

3.3. El ejercicio del cargo

Igual que en la potestad, en la tutela también se puede distinguir el aspecto personal y el patrimonial:

a) En el **aspecto personal**, el tutor debe educar al menor y procurarle una formación integral, así como los alimentos. Al mismo tiempo, debe procurar que el incapacitado recupere la capacidad y que reciba la educación oportuna (art. 269 CC).

b) En el **aspecto patrimonial**, el tutor es el representante legal del que está sometido a tutela, salvo para aquellos actos que puede realizar por sí mismo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación; el que administra sus bienes y puede realizar actos de disposición de los mismos, aunque en algunos casos se requiera autorización judicial (art. 271 CC).

Cuando se deba internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, se requerirá siempre autorización judicial.

El cargo es de ejercicio obligatorio, salvo que concurra una causa de excusa que sea admitida. Es, asimismo, remunerado si el patrimonio del tutelado lo permite, lo que supone que es el patrimonio del tutelado el que responde de este importe (art. 274 CC). En este caso, corresponde al juez señalar el importe de la remuneración. Los padres, cuando la designación de tutor ha sido testamentaria, pueden establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos.

El tutor, una vez entra en posesión del cargo, está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado (sesenta días, que pueden ser prorrogados por el juez) y podrá imponérsele ("el Juez podrá exigir", art. 260 CC) la obligación de fianza o que preste cualquier tipo de garantía. El juez, en cualquier momento y con justa causa, podrá dejar sin efecto o modificar la garantía que se hubiera prestado. La resolución judicial sobre los cargos tutelares habrá de inscribirse en el Registro Civil y, hasta ese momento, no será oponible frente a terceros (art. 218 CC).

El tutor está obligado a informar al juez anualmente sobre la situación del menor y deberá rendir cuentas anuales de su gestión (art. 269.4 CC), siendo responsable de los daños que pueda sufrir el tutelado debido a su mala gestión (art. 270 CC).

3.4. Extinción de la tutela

Las causas que provocan la extinción de la tutela son la mayoría de edad o emancipación por cualquier causa (art. 314 CC) del menor, la adopción por parte del mismo tutor o de un tercero, la recuperación de la potestad por parte de su titular y la defunción del menor o del incapaz. Asimismo, cuando se modifica la sentencia en que se había declarado la incapacitación.

El tutor debe rendir las cuentas finales de la tutela: en el plazo de tres meses, prorrogables si existe justa causa, se acreditará la situación del patrimonio, los créditos que se hayan generado a favor y en contra del patrimonio del tutelado y las cantidades que se deban al mismo tutor. Si no lo hiciera, se le podrá exigir. El plazo de ejercicio de la acción para pedir la rendición de cuentas prescribe a los cinco años (art. 279 CC).

Existe un fenómeno distinto al de extinción de la tutela que se conoce como **remoción del tutor**. Este término denomina aquellos supuestos en los que se produce el cese como tutor de la persona que previamente había sido judicialmente nombrada.

Las causas que legitiman la incoación del proceso de remoción están previstas en el artículo 247 del Código y, por norma general, suponen o ineptitud o incumplimiento de las obligaciones derivadas del cargo. Una vez iniciado el procedimiento, el juez es libre de suspender de sus funciones al tutor y nombrar un defensor judicial al tutelado (art. 249 CC).

4. Las otras instituciones de protección

4.1. La curatela

Está regulada en los art. 286-298 CC. Aquí sólo se explica muy sucintamente, por lo que, para más precisión, nos remitimos a las disposiciones mencionadas.

La curatela constituye una forma especial de protección, por medio de la cual se complementa la capacidad de determinadas personas que se considera insuficiente para la validez del acto que llevan a cabo. La que se somete a curatela es una persona capaz, aunque con capacidad limitada para determinados actos, por lo que necesita un complemento.

Es una institución de protección de la persona que constituye un oficio de derecho privado, que no requiere la incapacitación y que no constituye una representación legal. En cualquier caso, requiere constitución judicial.

Las personas que pueden estar sometidas a curatela son, por un lado:

- a) Los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
- b) Los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad (consultad el art. 321 CC).
- c) Los declarados pródigos. En estos casos, las funciones del curador se agotan con la intervención –prestar su asistencia– en aquellos actos que el pródigo no pueden realizar por sí solos (art. 288 CC).
- d) Procede también la constitución de la curatela cuando en la sentencia donde se declara la incapacitación de una persona, o en la resolución judicial que la modifique, en atención a su grado de discernimiento, el juez coloca al incapacitado bajo esta especial forma de protección.

El contenido es el que se haya establecido en la misma sentencia. Los actos de aquel que está sometido a curatela que se lleven a cabo sin la asistencia del curador pueden anularse.

Se extingue por la mayoría de edad del menor emancipado, por la muerte del que está sometido a curatela y por medio de una nueva resolución judicial que rehabilite la capacidad.

4.2. El defensor judicial

El defensor judicial constituye una figura de protección no permanente que actúa cuando existe contraposición de intereses entre el que está sometido a potestad, a tutela o a curatela y su representante legal, así como en los casos en que los designados no desempeñan adecuadamente sus funciones. Asimismo, cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el letrado de la Administración de justicia podrá designar un defensor judicial que los administre (artículo 299 bis CC).

Está regulado en los art. 299-302 CC.

Se trata de una función que implica la representación del defendido en aquellos actos, cuya competencia se ha atribuido al defensor.

El nombramiento de defensor judicial siempre deberá llevarlo a cabo el juez, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 300 CC).

Las competencias del defensor judicial están limitadas a los supuestos para los que fue nombrado y su función acaba cuando cesa esta contraposición (art. 302 CC). El juez puede nombrar a quien estime más idóneo para el cargo, pudiendo recaer dicho nombramiento, incluso, en una persona jurídica que tenga por objeto la protección de menores

4.3. La guarda de hecho

Se trata de una situación puramente fáctica que consiste en la guarda o atención de las personas que no poseen capacidad para actuar por sí mismas, aunque en este caso el guardador no dispone de un título que le habilite para el ejercicio de esta función. Está regulada en los art. 303-306 CC.

En esta situación pueden encontrarse los menores de edad desamparados por personas que tienen la obligación de guarda y custodia y los que, por sus circunstancias personales, necesitan estar sometidos a una institución de guarda de la misma persona y de los bienes³.

⁽³⁾Por ejemplo, los incapaces de hecho cuando la incapacidad no ha sido declarada judicialmente.

El guardador debe actuar siempre en beneficio del menor o del incapaz y es preciso que notifique el hecho que origina la guarda a las autoridades competentes. Tiene derecho a ser indemnizado de los gastos que haya podido realizar y de los perjuicios que le haya causado la guarda, siempre que no le sean imputables.

Esta situación se extingue cuando desaparecen las circunstancias que la han provocado. Ello obliga al guardador a rendir cuentas de su gestión.

5. Los sistemas de protección de menores desamparados

5.1. La declaración de desamparo del menor

La Administración Pública puede intervenir en la esfera privada cuando las instituciones que se han descrito en los apartados anteriores son insuficientes para obtener la protección total de los menores. Esta situación recibe el nombre de *desamparo* y está regulada en los art. 172-174.

El desamparo sitúa al menor en una situación de riesgo por el hecho de no estar sometido a ninguno de los regímenes de protección que ya se han explicado, ya sea porque se produce un incumplimiento de las obligaciones de los padres o tutores o porque su ejercicio es inadecuado, ya sea porque estos últimos están imposibilitados para el ejercicio de este cargo, puesto que están ausentes o, simplemente, porque no existen. La situación de riesgo a la que nos referimos aquí no tiene nada que ver con la delincuencia juvenil. Con la declaración de desamparo no se busca la sanción del menor, sino sólo arbitrar medidas de protección.

Los supuestos en que se puede declarar el desamparo son los siguientes:

- a) Extinción de la potestad por alguna de las causas del apartado 1 de este mismo módulo.
- b) Extinción de la tutela.
- c) Incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad o a la tutela. No se produce una situación de desamparo cuando hay una guarda de hecho.
- d) Ejercicio inadecuado de la potestad o la tutela, como sucede en los casos de maltratos, explotación del menor, abusos sexuales, etc.
- e) Fuerza mayor no imputable al titular de la potestad o la tutela, como cuando está enfermo o en prisión. En estos casos podrán solicitar de la entidad pública que asuma la guarda del menor durante el tiempo necesario.

La situación de desamparo debe declararla la entidad pública que, en el territorio respectivo, tenga la competencia para la protección de menores. El organismo administrativo correspondiente debe resolver valorando o no el desamparo por medio de una resolución motivada que debe comunicar al Ministerio

Fiscal, a quien tuviera la guarda y custodia del menor, a quien conviva con él o a sus guardadores. Si los padres o el tutor se oponen a la decisión, se inicia un procedimiento judicial para declarar el definitivo desamparo.

Los efectos de la declaración de desamparo son, fundamentalmente, tres:

a) La asunción de funciones tutelares por parte de la entidad pública competente. Esta función consiste en la guarda y custodia del menor.

b) Suspensión de la potestad o la tutela.

c) La adopción de alguna medida de protección que puede ser la atención en la misma familia del menor, el acogimiento simple en un centro público o colaborador o en una familia o persona y, por último, cualquier otra medida de carácter social, educativa o terapéutica que sea aconsejable según las circunstancias del caso.

Esta medida de protección debe adoptarla el organismo administrativo competente, ya sea en la misma declaración de desamparo, ya sea en un momento posterior. Siempre se debe escuchar al menor de más de doce años e, incluso, al menor de doce años si tiene suficiente conocimiento. La medida correspondiente se adoptará por escrito y se comunicará a quienes hayan convivido con el menor.

La medida adoptada cesa cuando el menor alcance la mayoría de edad, cuando sea adoptado o cuando cesen las circunstancias que provocaron la adopción de la medida.

5.2. El acogimiento

Una de las medidas que pueden adaptarse en la situación de desamparo es el **acogimiento**, que consiste en que el menor de edad sea atribuido a una familia para que le eduque y se haga cargo de él, mientras se soluciona la situación que ha provocado el no ejercicio de la patria potestad o la tutela. Por norma general, se concibe como previa a la adopción, aunque no es necesaria. Según la finalidad que se proponga conseguir con el acogimiento y su duración, este último podrá adoptar alguna de las modalidades siguientes (art. 173 bis CC):

1) **Acogimiento familiar de urgencia**, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

2) **Acogimiento familiar temporal**, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable, como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el inte-

rés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

3) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.

La familia que acoge tiene las mismas obligaciones que el titular de la patria potestad, y lo mismo sucede con el menor acogido. No existe una ruptura con la familia de origen, por lo que los padres naturales tienen derecho a visitar al hijo acogido. Este derecho puede ser suspendido por el juez.

Las personas que acogen y el menor acogido, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, deben dar el consentimiento.

El proceso para formalizar el acogimiento se debe llevar a cabo con la reserva necesaria para proteger el derecho a la intimidad de todos los implicados (art. 173.5 CC).

Si hay varios hermanos, se procurará que sean acogidos por la misma familia.

El acogimiento cesa por decisión judicial, por resolución de la entidad pública, por la adopción del menor acogido o por la mayoría de edad del menor (art. 173.4 CC).

Resumen

La especial condición de incapacidad y debilidad del menor requiere una particular respuesta del ordenamiento jurídico que se traduce en la articulación de los conocidos como *sistemas de protección del menor*.

Nuestro sistema de protección del menor se decanta por atribuir la función de protección a los particulares (padres o tutores). Los poderes públicos asumen la tarea de proveer las necesidades del menor sólo en defecto de los primeros. Por otro lado, no sólo se prevé una institución de protección, sino también otras varias (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial, etc.) con la idea de garantizar la mejor atención al menor adaptándose siempre a su situación concreta.

La patria potestad constituye la institución básica y principal del sistema de protección de menores, de acuerdo con lo que dispone el art. 39.3 CE. La patria potestad confiere a quien la ejerce una mayor libertad en la gestión patrimonial y puede extenderse, incluso, al mayor de edad incapacitado (patria potestad prorrogada y rehabilitada). La tutela es una institución paralela a la patria potestad que sólo se constituye si no hay patria potestad y por medio de un pronunciamiento judicial. Para acabar, las otras instituciones de protección no disponen de la estabilidad que comportan la patria potestad y la tutela, y se caracterizan por un carácter fáctico, parcial o temporal.

Actividades

Al final de cada módulo se encuentra una indicación bibliográfica donde se ha procurado elegir trabajos, no especialmente largos, sobre algunos de los temas que aquí se han tratado. Obviamente, su lectura siempre es recomendable; sin embargo, es mejor dejar libertad al consultor para que decida las lecturas que le parezcan más idóneas en cada momento.

Lo que sí que parece necesario es la realización del "caso práctico" propuesto. Aquí se ha concretado la actividad que se propone. Hay una serie de cuestiones que constituyen un mecanismo valioso de autoevaluación y que se presentan bajo el epígrafe de preguntas. Todas éstas se basan en un "supuesto fáctico" y no son más que algunos de los interrogantes que plantea el mismo texto y que, obviamente, están resueltos en los materiales de estudio. Conviene recordar que, si bien la forma en que se dictamina es importante, interesa más el contenido.

Filiación. Protección de menores. Adopción. Síntesis

Juan ya tiene treinta y cinco años y parece que las cosas con las mujeres no pueden irle peor: ¡tantos fracasos matrimoniales marcan a cualquier persona! Por este motivo, se dedica por completo al trabajo y a labores sociales. Es precisamente en un centro de atención a la infancia donde conoce a Luis, de doce años, un niño sano y feliz que pasa las tardes en el centro, puesto que su madre debe trabajar y no puede atenderle como es debido. La relación del niño con Juan se va haciendo cada vez más profunda y dependiente. Juan es el padre que nunca tuvo y Luis representa todo aquello que Juan no pudo conseguir.

Después de mucho tiempo, Juan conoce a la madre de Luis y la estima que los dos sienten por el niño les va uniendo. Después de olvidar antiguos fracasos, Juan propone a la madre de Luis que se case con él. El niño constaba en el Registro Civil como hijo de padre desconocido. El padre biológico no le había reconocido. De hecho, ello era una suerte, dado que se trataba de un sinvergüenza que se pasaba la vida encerrado en la prisión. Tras casarse con la madre de Luis, Juan reconoció al niño como si fuera su hijo, aunque conocía evidentemente la falsedad de esta declaración. Después él y su mujer adoptaron un bebé. Las cosas fueron muy bien hasta que el padre biológico de Luis, que acababa de salir de la prisión, decidió, para hacer chantaje a Juan, empezar un proceso de investigación de la paternidad. Afortunadamente, le atropelló un camión y todo quedó en nada.

Preguntas

1. ¿Es posible el reconocimiento de Luis? ¿Cómo puede hacerlo? ¿Podría impugnarlo más adelante?
2. ¿Qué posibilidades tenía el padre biológico para determinar su paternidad?
3. ¿En qué casos es posible la adopción por más de una persona? ¿Con qué requisitos se debe llevar a cabo?
4. Si hubiera prosperado la acción del padre biológico, ¿habría sido posible privarle de la patria potestad?

Ejercicios de autoevaluación

1. El acogimiento siempre es necesario como paso previo para proceder a la adopción.
 - a) Cierto.
 - b) Falso.
2. La titularidad de la patria potestad...
 - a) es siempre compartida por el padre y la madre.
 - b) es compartida por el padre y la madre, siempre que la filiación de ambos esté determinada legalmente.
 - c) es compartida por los progenitores, siempre que estén casados entre sí.
 - d) corresponde sólo a la madre, aunque su ejercicio es compartido por ambos progenitores.
3. Se nombrará un defensor judicial...
 - a) en todo caso si el menor no emancipado carece de progenitores.
 - b) si existe un conflicto de intereses entre los padres y el menor.
 - c) si el menor debe aceptar una donación.
 - d) siempre que el menor sea demandado.
4. Si la patria potestad es ejercida por ambos progenitores y surge un conflicto entre uno de ellos y el menor, la representación de este último corresponde al...
 - a) defensor judicial.

- b) otro progenitor.
- c) Ministerio Fiscal.
- d) administrador judicial especialmente nombrado.

5. Si los padres de un menor deciden repudiar una herencia que le ha sido deferida a este último,...

- a) podrán hacerlo si ambos están conformes.
- b) podrá hacerlo cualquiera de ellos si es en interés del menor.
- c) necesitarán autorización judicial.
- d) Los padres no pueden repudiar una herencia.

6. Según el CC, si un mayor de edad soltero resulta incapacitado,...

- a) se constituirá en todo caso la tutela.
- b) se constituirá en todo caso la curatela.
- c) se le nombrará un defensor judicial.
- d) se rehabilitará la patria potestad.

7. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad disponen de capacidad para designar a la persona del tutor de sus hijos menores o incapacitados, en previsión de su necesidad.

- a) Cierto.
- b) Falso.

8. Si un menor de edad resulta incapacitado,...

- a) se constituirá la tutela al alcanzar la mayoría de edad.
- b) un menor de edad no puede ser incapacitado.
- c) se rehabilitará la patria potestad cuando alcance la mayoría de edad.
- d) se prorrogará la patria potestad cuando alcance los dieciocho años.

9. La figura jurídica consistente en que un menor de edad sea atribuido a una familia mientras se solucionan los problemas que ha provocado el no ejercicio de la patria potestad o de la tutela por quien debería ejercer esa función, se denomina...

- a) acogimiento.
- b) defensor judicial.
- c) guarda de hecho.
- d) desamparo.

10. La situación de desamparo se debe declarar judicialmente.

- a) Cierto.
- b) Falso.

Solucionario

Actividades

1. Evidentemente, se trata de un reconocimiento de complacencia; es decir un reconocimiento en el que el reconocedor sabe perfectamente que no es progenitor y reconoce, con decisión consciente, una filiación inexistente. Dicho reconocimiento es, en palabras del Tribunal Supremo, "ineficaz e inválido, con nulidad absoluta". El problema, en su caso, radica en que la impugnación judicial de este acto, creador de apariencia jurídica y no discutido, sólo podrá hacerse por aquel que emitió el falso reconocimiento.

Nos interesa que quede claro que no se trata de un reconocimiento efectuado por error. No existe error en quien sabe que un hecho es falso. Por consiguiente, no podemos aplicar las reglas ni los supuestos de vicios del consentimiento, sino que la posible ineficacia del reconocimiento derivaría precisamente de la imposibilidad de reconocer "el objeto del reconocimiento", es decir, a Luis.

El reconocimiento podrá hacerse tanto en testamento, como en escritura pública por comparecencia ante el encargado del Registro Civil y tras el matrimonio de los padres, la filiación adquiere el carácter de matrimonial (para más información, consultad el art. 119 CC)

2. En el caso del padre biológico que se enfrenta a una filiación determinada que no coincide con la que él cree real, y si quiere que conste la suya, la acción que debe plantear es de las denominadas *mixtas*: impugnación de la que consta y reclamación de que acredita (para mayor información, consultad el art. 134 CC relativo a la acumulación de pretensiones).

Será preciso que pruebe de forma concluyente que el presunto padre no es el progenitor de la persona cuya filiación se impugna (art. 764 LEC).

3. La adopción por más de una persona es posible cuando adopta una pareja casada o unida por un vínculo similar; es decir, que convivan maritalmente de modo estable (véase el art. 175.4 CC, que señala: "Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal"). Los requisitos (además de los trámites de idoneidad y control) son los siguientes: estar en pleno ejercicio de los Derechos civiles; tener más de veinticinco años; llevarse al menos catorce años de diferencia de edad con la persona que se adopta, y que la diferencia de edad no sea superior a cuarenta y cinco años.

4. Para los progenitores, la patria potestad constituye un deber y una función que se establece en beneficio del hijo y que es ejercida por ambos progenitores cuando la filiación ha quedado legalmente determinada. Este deber incluye tener al hijo en su compañía, prestarle cuidados y educación y atenderlo en todo tipo de necesidades.

La privación de la patria potestad es un castigo ante la falta de cumplimiento de todos estos deberes. Si hubiera prosperado la acción del padre biológico, se le hubiera atribuido la patria potestad, pues en ese momento se fijan para él los deberes. Si tras la determinación judicial los incumpliera grave o reiteradamente, debería iniciarse el proceso para conseguir la privación.

Ejercicios de autoevaluación

1. b
2. b
3. b
4. b
5. c
6. d
7. a
8. d
9. a
10. b

Glosario

acogimiento familiar *m* Medida que consiste en atribuir temporalmente al menor a una familia para que cuide de él y lo eduque.

curatela *f* Medida de protección cuya finalidad consiste en completar la capacidad de ciertas personas, cuya capacidad está limitada para realizar determinados actos.

defensor judicial *m* Figura de protección no permanente que actúa cuando existe contraposición de intereses entre el sometido a patria potestad o tutela y su representante legal.

delación *f* Sistema voluntario o judicial de fijación de las personas que están llamadas a ejercer el cargo de tutor.

desamparo *m* Situación de riesgo en la que se encuentra el menor, ya sea por incumplimiento, o por inexistencia de los obligados a cuidarlos. Las administraciones públicas intervienen para protegerlo, declarando esta situación.

extinción *f* Cese, sin carácter punitivo, de la patria potestad. Deriva de la mayoría de edad del sometido, de la muerte de los titulares o de la adopción del menor.

guarda de hecho *f* Situación de hecho, puesto que quien está atendiendo al menor o al incapaz (el guardador) carece de título que habilite esta gestión.

patria potestad *f* Función que se ejerce en beneficio de los hijos, cuya finalidad consiste en posibilitar el desarrollo integral del menor.

privación de patria potestad *f* Sanción impuesta siempre por sentencia, como consecuencia del incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad.

prórroga *f* Cuando el hijo ha sido incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad, se procede a prorrogar la patria potestad de los padres cuando aquél alcanza la mayoría de edad, en lugar de constituir la tutela.

recuperación *f* Cuando el juez priva o suspende a los padres de la patria potestad, el cese o desaparición del motivo que provocó la privación o suspensión del ejercicio determina la recuperación.

rehabilitación *f* Cuando el hijo, mayor de edad, resulta incapacitado y faltan las personas que tendrían preferencia en la designación como tutor, se puede rehabilitar la patria potestad.

tutela *f* Sistema de protección de los menores (cuando no hay padres o los padres han sido privados de la patria potestad) y de los incapacitados, en el que la función de protección se realiza por aquel que ha sido designado tutor y ha aceptado el cargo.

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1984). "Comentarios a los artículos 154 a 161 del Código Civil". *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (t. II, pág. 1043 y siguientes). Madrid: Tecnos.

García Cantero, G. (1984). *El nuevo régimen jurídico de la tutela*. RGLJ.

González Laguna, M. (1985). "Bienes de menores y Registro de la Propiedad". *RCDI* (pág. 1177 y siguientes).

Llebaria Samper, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Barcelona: PPU.

Miralles González, I. (2004). "El interés del menor y la privación de la patria potestad". *Aranzadi Civil número 10*.

Moreno Flórez, R. M. (2012). *Acogimiento familiar*. Madrid: Dykinson.

Rebolledo Varela, A. L. (1995). *La privación de la patria potestad*. *Aranzadi Civil*, (núm. 3, pág. 11 y siguientes).

