

---

## ESTUDIO SOBRE LA PATRIA POTESTAD, LA INCAPACITACIÓN Y LA TUTELA

---

Xavier Cornella Martorell

*Abogado*

Todos los padres, desde que lo son e incluso antes, se preocupan por el bienestar presente y futuro de sus hijos. Es un sentimiento innato e inseparable a la condición de padres. Quien más, quien menos, se ha hecho la pregunta de qué será de ellos y qué futuro les espera. Esta reflexión de una forma inconsciente presupone que nuestros hijos, mientras nos tengan a nosotros para cuidarles, dispondrán de todo aquello que podamos facilitarles y, además, que por natural ley de vida nos sobrevivirán. Ahí es donde surgen nuestras dudas e inquietudes. ¿Qué mundo les vamos a dejar? ¿A qué vicisitudes tendrán que enfrentarse? Estas preguntas no tienen respuesta clara, o cuando menos segura.

Esta reflexión a modo de prólogo es mucho más aguda cuando uno debe enfrentarse a situaciones excepcionales, situaciones que provocan una anticipación en la angustia de padre por el que va a ser de ellos. El futuro se convierte en presente y la reflexión sobre el tema en algo cotidiano y constante.

Cualesquiera que sean las circunstancias en las que a uno le toque vivir la paternidad (entiéndase paternidad o maternidad), el recipiente donde deben mezclarse todos los componentes que integran la relación con nuestros hijos es el mismo. Todos los padres nos sentimos con el deber y, por qué no decirlo, con el derecho de cuidar de la salud de nuestros hijos, de su educación, de compartir sus alegrías y aliviarles en sus tristezas, ayudarles a superar los problemas cotidianos y dotarles de una autonomía para enfrentarse a los dilemas de la vida hasta que ellos sean capaces de resolverlos. En contrapartida, ¿qué padre no ve recompensado todos sus esfuerzos cuando su hijo le paga con una sonrisa, un abrazo o con una simple mirada de ternura con la que sólo pueden obsequiarnos nuestros hijos?

Entonces, si las relaciones en su conjunto son las mismas llegamos a la fácil conclusión de que lo que diferirá según los casos es el contenido de las relaciones. Y digo según los casos porque nadie debe olvidar el elemento afectivo de las relaciones humanas y concretamente de las relaciones padres-hijos. ¿O alguien duda del sufrimiento de un hijo cuando vive un proceso de separación de sus padres y, aún con más virulencia, si éste se produce de forma tormentosa? ¿Alguien puede dudar del abandono que padecen nuestros hijos por las ausencias, horarios, ritmo de vida, etc. que nos impone la llamada sociedad del bienestar?

Es por todo ello que, sin minimizar el problema que supone la discapacidad en un hijo, podríamos llegar a la conclusión de que las de naturaleza física o de naturaleza psíquica no son las únicas carencias que pueden afectar a la vida de nuestros hijos.

En cualquier caso los efectos de las carencias afectivas no están regulados por ninguna ley, y nadie más que quien somos causantes de las mismas podemos minimizar sus efectos y consecuencias. Por el contrario, las carencias físicas o psíquicas sí disponen de elementos para intentar minimizarlos. En el plano físico, la medicina en todas las ramas implicadas avanza y, es por ello, que no deben escatimarse esfuerzos en el apoyo a las investigaciones. En cuanto a la persona, como ser social, es decir, que se relaciona con los demás, es portador de derechos que el Derecho regula cuál ha de ser la forma de ejercerlos. De ello vamos a ocuparnos a continuación.

Tres figuras jurídicas proveen y previenen la guarda y bienestar de los hijos en el sentido jurídico del término: **la patria potestad, la incapacitación y la tutela**. Vayamos a hablar de ellas intentando evitar tecnicismos y procurando desgajar el contenido y qué pueda aportar cada una de ellas a la protección del hijo.

## LA PATRIA POTESTAD

Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen muchos deberes hacia ellos, para su protección y formación. Y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. Denominamos patria potestad al conjunto de facultades, o poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

### ¿A QUIÉN ALCANZA LA PATRIA POTESTAD Y HASTA CUÁNDO?

Sin entrar en profundidad en el tema de la filiación vemos que el código civil dice simplemente que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad. Todos los hijos por cuanto equipara al hijo de sangre y al adoptivo a todos los efectos.

La patria potestad dura, en principio, mientras que el hijo no llega a la mayoría de edad. Pero, por excepción, existen casos en que la patria potestad finaliza antes bien por emancipación del menor, bien por la muerte de los padres. También existe la denominada patria potestad prorrogada sobre los hijos mayores de edad. Todas estas figuras y casos los iremos desgranando poco a poco.

### ¿A QUIÉN CORRESPONDE LA PATRIA POTESTAD Y EN QUÉ CONSISTE?

Baste contestar a lo primero con lo que nos dice el Código Civil: "LOS HIJOS NO EMANCIPADOS ESTÁN BAJO LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE Y DE LA MADRE". Art. 154.1.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad. Los padres para tomar las decisiones que procedan deben oír a sus hijos si éstos tuvieran suficiente juicio y en el ejercicio de la patria potestad podrán recabar el auxilio de la autoridad así como corregir razonable y moderadamente a los hijos. Estas expresiones como la mayoría de las que citaré están literalmente sacadas del CÓDIGO CIVIL. Éste, asimismo dispone que la ejercerán conjuntamente ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez quien decidirá después de oír a ambos y al hijo mayor de doce años si tuviere suficiente juicio. En el caso de que el Juez advirtiere motivos que entorpezcan el ejercicio de la misma, podrá atribuir la a uno de ellos total o parcialmente o distribuir sus funciones (máximo durante un plazo de 2 años).

Asimismo el Juez determinará quién y cómo se ejerce la patria potestad en casos como el de padres que vivan separados, etc...

### CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

#### a) Contenido personal:

Los padres que tienen la patria potestad sobre sus hijos deben velar por ellos, tenerlos en compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

#### b) Contenido patrimonial:

Los padres son administradores de los bienes de sus hijos. Deben llevar a cabo tal administración con la misma diligencia que la de sus propios bienes (están sujetos a todas las obligaciones generales y especiales de los administradores).

No obstante, hay una serie de bienes a los que no alcanza tal administración:

– Los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa (se cumplirá la voluntad del disponente).

– Los adquiridos por sucesión cuando el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados (los administrará quien haya designado el causante, y de no haberlo nombrado el cónyuge no inmerso en esta causa de desheredación o un Administrador Judicial).

Existen otros bienes que siguen otro proceso de administración pero su relación no viene al caso que nos ocupa. Sí es importante saber que el Juez puede adoptar las medidas que crea oportunas para la seguridad y recaudo de los bienes del menor a instancias de cualquier pariente, del propio hijo o del Ministerio Fiscal.

Los padres pueden disponer de los bienes de los hijos, sea enajenarlos o gravarlos por causa justificada de utilidad o necesidad y si se trata de inmuebles, objetos preciosos, establecimientos mercantiles o industriales y valores mobiliarios previa autorización del Juez quien decidirá previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Otra forma de disponer del patrimonio es la de renunciar a derechos, herencias o legados, en cuyo caso se precisa normalmente autorización del Juez.

### **EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD**

Las causas de extinción de la patria potestad son:

- Muerte o declaración de fallecimiento del hijo.
- Muerte o declaración de fallecimiento de los padres (entra en vigor la tutela).
- Emancipación del hijo.

Además el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. En interés del hijo, también se podrá acordar la recuperación de la patria potestad.

### **PRÓRROGA O RESTABLECIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD**

Con esta figura se persigue que los padres se sigan ocupando del hijo como hijo en potestad y con las atribuciones de los padres a quienes corresponde tal potestad, en vez de hacer precisa la constitución de la tutela, cuando el hijo alcance la mayoría, ya que entonces se saldría de la patria potestad, o aun cuando sea incapacitado después de alcanzarla. Además, puesto que para esta tutela habrían de ser preferidos los padres, nada se pierde, y mucho se ahorra, dejando que sigan ocupándose del hijo y de sus bienes como titulares de la patria potestad, y no como tutores.

La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayoría de edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación. Esta patria potestad prorrogada terminará:

- Por muerte o declaración de fallecimiento del hijo o de ambos padres.
- Por la adopción del hijo.
- Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.
- Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela.

En base a la importancia que adquiere la patria potestad prorrogada en el caso que nos ocupa seguidamente pasaremos a comentar la incapacitación judicial (camino para obtenerla) y la tutela (que se ocupará del declarado incapaz cuando se extinga la patria potestad):

## LA INCAPACITACION

Se entiende por incapacitación tanto al estado en que pueda encontrarse una persona que le impida gobernarse por sí misma como al procedimiento judicial destinado a obtener una declaración judicial de incapacitación que es la que provoca la prórroga de la patria potestad o el sometimiento a tutela del declarado incapaz.

Cuando se trata de enfermedades o deficiencias, sean de carácter físico o psíquico, persistentes que impidan a la persona gobernarse por sí misma, en la práctica, sería un sistema sumamente inconveniente el de dejar la validez de los actos sometida a la necesidad de una controversia para cada caso, y, por otro lado, no se puede tampoco desatender ni a la persona ni a los intereses del sujeto que padece el mal, y que, debido a él, no puede valerse por sí. Por eso la ley establece que todo acto llevado a cabo por un incapaz es nulo y que todos los actos comprendidos dentro de la sentencia de incapacitación deben ser llevadas a cabo por quien tenga su guarda legal. En conclusión: la persona incapacitada pasa a tener un nuevo estado civil, en el que tiene una menor capacidad y está sometida a un guardador.

De lo anteriormente dicho podemos definir la incapacitación como la reducción o limitación de la capacidad de obrar, que, con arreglo a su estado, tiene una persona. Tal incapacitación se basa en una serie de causas fijadas por la ley y se realiza después de seguirse el oportuno procedimiento, mediante un fallo judicial. Este, al declarar incapaz a una persona, modifica su estado civil, constituyéndole uno nuevo: el de incapacitado. Antes de la sentencia, la eficacia jurídica de cualquier acto realizado por una persona depende de que se haya realizado con entendimiento y voluntad de quien lo realiza. Evidentemente los actos realizados por quien carece de entendimiento y voluntad son nula. Ahora bien, una vez recaída la sentencia de incapacitación todos los actos que recaigan dentro del ámbito de la sentencia son nulos independientemente que se hayan realizado con entendimiento y voluntad del declarado incapaz.

### CAUSAS DE INCAPACITACION

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan gobernarse a la persona por sí misma.

Nadie puede ser declarado incapaz sino por esas causas y en virtud de sentencia judicial después de seguido el procedimiento que luego veremos.

No solamente pueden ser incapacitados los mayores de edad, sino también los menores. Así en el Código Civil se dice que los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (que es cuando se prorrogará la patria potestad).

### ¿A QUIÉNES CORRESPONDE PROMOVER LA INCAPACITACIÓN?

En el caso de hijos mayores de edad o menores, salvo que tuvieren cónyuge o descendientes, correspondería a los padres o hermanos del presunto incapaz. Si estas personas no lo hicieran, o simplemente no las hubiere, correspondería promover la incapacitación al Ministerio Fiscal.

### ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA INCAPACITAR

- Será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.
- El Juez oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, los examinará por sí mismo, oírá dictamen de un facultativo y podrá requerir cuantas pruebas estime pertinentes.
- Una vez iniciado el procedimiento el Juez podrá dictar medidas cautelares en interés y protección del presunto incapaz.
- Las resoluciones judiciales sobre incapacitación se anotarán en el Registro Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil (es decir se tomará nota en todos los registros públicos donde pueda interesar). Si no se inscribe la incapacitación no afecta a terceros.

– El internamiento del presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez (siempre actúa como garante de los derechos del incapaz).

## **LA TUTELA**

La tutela se establece para encargarse de forma estable y permanente de la guarda y protección de ciertas personas y de sus bienes. Estas personas son:

- Los menores sin emancipar que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados a los que la sentencia de incapacitación someta a esta forma de protección y guarda.
- Los incapacitados con incapacidad para la que procediese la tutela, pero que quedaron sometidos a la patria potestad prorrogada cuando ésta cese.
- Los menores de edad que se hallen en situación de desamparo.

La sentencia de incapacitación determinará la extensión y los límites de la tutela.

El organismo tutelar se compone sólo del tutor quien vela por el tutelado, bajo la supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal.

Los padres del tutelado que no estén privados de la patria potestad podrán establecer en testamento o documento público notarial órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Supuesto especial es de que quién disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o de un incapacitado, establezca reglas de administración de los mismos y designe personas que hayan de ejercerla.

## **DESIGNACION DEL TUTOR**

Lo nombra el Juez y cabe distinguir:

1º.- Que el tutelado tenga:

- a) Cónyuge que conviva con él.
- b) Padres.
- c) Persona designado por éstos, cuando no estén privados de patria potestad en testamento o documento público notarial para desempeñar su tutela.
- d) Descendientes, ascendientes o hermanos.

En este caso serán llamados por el orden en que están relacionados.

2º.- Que falten todas estas personas. Entonces el Juez designará tutor a quién por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste considere idóneo.

De lo visto podemos concluir que existen tres maneras de designar tutor:

- Por testamento (de los padres).
- Por lo que establezca la ley.
- Por elección del Juez.

El cargo de tutor es un deber y sólo puede renunciar en los supuestos que establezca la ley o en los casos que ésta declare inhábil al propuesto como tutor.