



FACULTAD DE DERECHO

**REVISIÓN LEGAL DE LA PATRIA POTESTAD Y
LAS INSTITUCIONES TUTELARES**

Autor: Cristina Elices Muñoz de Dios

5º E3 A

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro

Madrid

Abril 2019

Resumen

Este trabajo de Fin de grado tiene por objeto llevar a cabo un análisis de las instituciones de protección enunciadas en el Código Civil, comparándolas con la regulación acerca de estas formulada en el Anteproyecto de Ley de reforma de Código Civil en materia de discapacidad.

Se analizan entonces los principales medios de protección del CC para menores y discapacitados, que son la patria potestad, tutela, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial; y se señalaran las diferencias mas importantes entre el texto vigente y la propuesta de reforma llevada a cabo en el anteproyecto.

Se hará especial énfasis en la protección de los discapacitados, ya que es en este ámbito, en el que se producen las mayores modificaciones.

Palabras clave: Convención 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, tutela, curatela, patria potestad, guarda de hecho, defensor judicial.

Abstract:

The purpose of this Degree project is to carry out an in-depth analysis of the protection institutions set forth in the Civil Code, comparing them with the regulations on them formulated in the Draft Law on the Reform of the Civil Code in the area of disability.

It will then analyze the main means of protection of the CC for minors and the disabled, which are parental authority, guardianship, guardianship, de facto guardianship and the judicial defender; and indicate the most important differences between the current text and the reform proposal carried out in the preliminary draft.

Special emphasis will be placed on the protection of the disabled, since it is in this area that the greatest changes have taken place.

Key words: 2006 Convention on rights of persons with disabilities, guardianship, conservatorship, parental authority, guardianship in fact, judicial defender.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. REDACCIÓN ACTUAL DEL CC	7
3. ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.....	9
4. COMPARACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN LA REDACCIÓN ACTUAL DEL CC Y EN EL ANTEPROYECTO.....	17
4.1 PATRIA POTESTAD.....	18
4.1.1 <i>Código civil</i>	18
a) Definición.....	18
b) Titularidad y ejercicio.....	20
c) Destinatarios de la patria potestad.....	21
d) Exclusión de la patria potestad.....	23
<input type="checkbox"/> Privación.....	23
<input type="checkbox"/> Extinción.....	23
4.1.2 <i>Anteproyecto</i>	23
4.2 INSTITUCIONES TUTELARES.....	24
4.2.1 <i>Tutela</i>	26
4.2.1.1 Código Civil.....	26
a) Destinatarios.....	26
b) Designación.....	26

c)	Titularidad y ejercicio	27
d)	Exclusión de la tutela: Cese y extinción.	30
4.2.1.2	Anteproyecto.....	31
4.2.2	<i>Curatela</i>	35
4.2.2.1	Código civil.....	35
a)	Definición.....	35
b)	Destinatarios.....	36
c)	Designación.....	37
d)	Titularidad y ejercicio	38
e)	Extinción	38
4.2.2.2	Anteproyecto.....	38
4.3	GUARDADOR DE HECHO	46
4.3.1	<i>Código Civil</i>	46
4.3.2	<i>Anteproyecto</i>	48
4.4	DEFENSOR JUDICIAL	52
4.4.1	<i>Código Civil</i>	52
4.4.2	<i>Anteproyecto</i>	53
5.	CONCLUSIONES.....	57
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	59

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el análisis y valoración del régimen de patria potestad e instituciones tutelares existente en el Derecho español; así como su revisión legal. Debido principalmente a la reciente redacción de un anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en la que se pretende modificar tanto la patria potestad, como la tutela y curatela, especialmente en relación a los discapacitados; este tema se ha convertido en un tema de candente actualidad y que suscita cierta controversia doctrinal y mucho interés en las organizaciones de la sociedad civil cuya finalidad es la protección de los discapacitados. Con esta reforma, se pretende reestructurar estas instituciones en cuanto al sujeto protegido; quedando la patria potestad y la tutela, como instituciones exclusivamente al servicio de los menores, y destinando la figura de la curatela a las personas con discapacidad. La pregunta que se plantea es: ¿Es esta forma de estructuración razonable?

La realidad es, que en torno a este asunto, existen una gran diversidad de posturas y opiniones, que dependen mayoritariamente del sentido de la familia, y de la relación paterno-filial que subyace entre los progenitores y sus descendientes. Y serán estas posturas las que serán posteriormente analizadas y comentadas.

Para llevar a cabo este estudio, se utilizará un método positivista, con elementos de análisis de política legislativa y un método histórico respecto de los antecedentes con aspectos legales.

Se analizará la normativa vigente en España sobre la patria potestad y las instituciones tutelares, que se comparará con aquella normativa prevista en el anteproyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

En lo que se refiere a la estructura del trabajo, en primer lugar, plantaremos la situación de la legislación actual. En segundo lugar, mencionaremos las principales características del nuevo anteproyecto. Y, por último, llevaremos a cabo una comparación de la normativa establecida en el actual CC y el nuevo anteproyecto, relativa a la patria potestad e instituciones tutelares.

2. REDACCIÓN ACTUAL DEL CC

Actualmente, nuestro Código Civil, tiene previstas una serie de instituciones que se encargan de proteger a los menores de edad o discapacitados; y que podemos encontrar en el título X del Libro Primero del CC. Hay casos en los que se trata de medidas de protección continuas; y otros casos en los cuales estas medidas de protección, solo entran en juego cuando se dan determinadas circunstancias concretas.

Así, un niño, durante el periodo de su minoría de edad y hasta el momento de su emancipación, bien por que alcanza la mayoría de edad o bien por alguna de las circunstancias previstas en el Código Civil; se encuentran protegidos por sus padres. Nuestro CC concede determinadas facultades a éstos, que tienen su base en la relación jurídica paterno filial que subyace entre estos. Este conjunto de facultades, comúnmente denominadas patria potestad, tienen como fin último proteger a los hijos, tanto en el ámbito personal como en el ámbito patrimonial. Es importante mencionar, que para contar con el respaldo de nuestro ordenamiento jurídico, dichas facultades se deberán de ejercer siempre y en todo caso, anteponiendo el beneficio e interés de los hijos.

Sin embargo, en determinadas ocasiones esta protección resulta ineficiente e inefectiva; y por ello, nuestro ordenamiento tiene previsto un segundo nivel de protección, para aquellos casos en los que este primer nivel de protección no fuera posible por distintas razones. Estas instituciones, tal y como establece el artículo 215 del CC, son la tutela, la curatela y el defensor judicial, que están expresamente destinadas a *“La guarda o protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados.*

Además de estas tres instituciones, nos encontramos con la patria potestad prorrogada o rehabilitada, para aquellos casos en los que las personas discapacitadas alcanzan la mayoría de edad, pero siguen necesitando cierta protección por parte de sus progenitores; y la llamada guarda de hecho.

Por último, también se puede dar el caso, de que, aún existiendo estos dos niveles de protección, los instrumentos jurídicos existentes produzcan situaciones de desamparo o riesgo para el menor o incapacitado. Para estos casos nuestro CC establece la existencia

de las llamadas tutela y guarda administrativas; que no serán objeto de análisis en el presente trabajo.

Estas figuras fueron objeto de reforma en la ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela, que transformó el modelo de “tutela de familia” en un modelo de tutela de autoridad, por el cual se coloca esta institución bajo el control de la autoridad judicial. Antiguamente al suponer que los padres iban a ejercer sus funciones correctamente, no se estableció ningún tipo de control, sin embargo, esta concepción cambia y se hace necesaria el establecimiento de cierta vigilancia. Asimismo, con esta reforma se introduce la figura de la curatela, que no figuraba en el ordenamiento como figura autónoma; y se produce una aclaración en torno a la figura de la guarda de hecho. En cuanto al defensor judicial, se trata de un medio de protección que ya estaba previsto en el anterior ordenamiento para los casos en los que se produjeran determinados conflictos de intereses. Sin embargo, con la reforma de 1983, esta figura pasa a proteger también a las personas necesitadas de protección, en otro tipo de situaciones; es decir, la reforma extiende el ejercicio de esta figura a otros casos que no estaban previstos anteriormente.¹

¹ García Presas, I., “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, Universidad de A Coruña, pp.249-250.

3. ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Como ya se mencionó al comienzo de este trabajo, estas figuras de las que hemos estado hablando; están empezando a cobrar una singular importancia recientemente, gracias a la puesta en marcha del anteproyecto de reforma del Código Civil, en materia de discapacidad. El objetivo principal de dicho anteproyecto, es adaptar nuestra legislación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York en diciembre de 2006, que constituye probablemente uno de los hitos más relevantes en esta materia.

El interés y la preocupación por la protección de las personas con cierta discapacidad, ha ido incrementando a lo largo del siglo XX, aunque dicha preocupación ha aumentando especialmente en las dos últimas décadas. ²A lo largo de los años se han ido llevando a cabo ciertos programas e iniciativas, tanto a nivel mundial: *“Programa de Acción Mundial para personas con discapacidad y el Decenio de Naciones Unidas para personas con discapacidad (1983-1992)”* que se encargaría de sentar las bases de todas las acciones sociales y políticas que se llevarían a cabo con posterioridad en todo el mundo; como a nivel europeo: *“El Plan de Acción para Personas con Discapacidad”* o *“El Plan Nacional de Acción para el Empleo”³*.

En este contexto, se aprobó en 2006 la *“La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”* de la ONU, que hemos mencionado anteriormente.

² Flores Martos, R., Graus, M., y Gómez González, E. “Formación profesional y transición al empleo de los jóvenes con discapacidad”, Equipo de Investigación Sociológica. Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2003, pp.5 (disponible en <http://sid.usal.es/idocs/f8/fdo6523/fptransicionesempleopcd.pdf>; última consulta 4/03/2019)

³ Ibidem pp.6

Estas acciones y movimientos, tuvieron un gran impacto también en la visión de la sociedad, la cuál pasa de considerar a estas personas como seres totalmente dependientes e incapaces, a considerarlas como personas autosuficientes y capaces, “*que cuentan con habilidades, competencias, recursos y potencialidades suficientes, si se le brindan los apoyos necesarios*”⁴.

Y así, tras la aprobación de la referida Convención se empieza a tomar conciencia en España de la necesidad de llevar a cabo una serie de modificaciones en la legislación, considerada hoy en día como excesivamente paternalista, lo que promueve la dependencia total de estas personas y fomenta las conductas de discriminación social y laboral⁵.

Por ello, este anteproyecto cambia la estructura de las instituciones de protección que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico, y que mencionábamos en el epígrafe anterior.

Cabe resaltar que, ya en su día, con la entrada en vigor de la Convención, se reformaron determinadas leyes con el objetivo de acercar lo máximo posible nuestro ordenamiento a la Convención; ya que, en muchos casos, resultaban hasta incompatibles. Ejemplos de estas leyes reformadoras son la ley 26/2011 de *adaptación de normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁶; la Ley 15/2015 de

⁴ Gil, I., “Qué es la discapacidad. Concepto y evolución histórica”, *Fundación Addeco*, (disponible en <https://fundacionaddeco.org/blog/blog/que-es-la-discapacidad-evolucion-historica/>, última consulta 7/04/2019)

⁵ Idem

⁶ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 3 de agosto de 2011).

2 de julio de *Jurisdicción Voluntaria*⁷; y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que *se modifica la Ley orgánica 10/1995 del Código penal*⁸. Sin embargo, parece que dicha adaptación se ha considerado como insuficiente, ya que todo lo relacionado con las discapacidades intelectuales, había quedado sin regular. Esto es, en palabras del Consejero de Estado Antonio Pau, las discapacidades de “*las personas con alteraciones intelectuales que inciden en la formación de una voluntad plenamente consciente y libre.*”⁹

Esta convención predica principalmente la igualdad en derechos de todas las personas, con independencia de las posibles discapacidades que cada uno pudiera tener; y así, busca, entre otras cosas, conseguir solucionar los problemas de integración que estas personas pudieran sufrir. La convención busca “*promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad.*”¹⁰ Por tanto, todos tenemos la misma capacidad jurídica, sin embargo; las personas con discapacidad pueden tener determinadas dificultades para ejercitar esta capacidad, y esto es lo que comúnmente denominamos como: capacidad de obrar. Y es por esto por lo que, en ocasiones, necesitan determinados apoyos, para conseguir el pleno ejercicio de sus capacidades; pero siempre tratando de evitar cualquier tipo de discriminación. En esta línea, la Convención también obliga a los Estados parte a “*adoptar medidas pertinentes para proporcionar acceso a*

⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015)

⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal* (BOE 31 de marzo de 2015).

⁹ Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 6-7.

¹⁰ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE n. 96, de 21 abril de 2008).

las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Estos apoyos de los que hablamos son actualmente la tutela, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial; pero el nuevo anteproyecto, procura cambiar completamente la estructura de las instituciones de protección; delimitando de forma estricta que figuras se destinarán al apoyo y asistencia de los menores de edad; y cuales a las personas con discapacidad. Estas figuras hasta ahora, servían para ambos dos.

Lo que se pretende con este anteproyecto, basándonos en la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, es reformar toda la regulación en materia de personas con discapacidad, de tal manera que éstas tengan un papel mas activo/autónomo en la toma de sus propias decisiones; y de esta forma, no sean meros titulares de derechos que otras personas ejercitarán por ellos, sino auténticos ejercitantes de los derechos que les han sido concedidos por el hecho de ser personas, y por tanto, tener una dignidad¹¹.

Toda esta modificación de la estructura de estas instituciones tiene su origen, en el cambio que ha sufrido en los últimos años el concepto de discapacidad. Y este cambio, se debe principalmente, a la referida Convención. Se está tratando de dar un vuelco, pasando de un modelo basado en la discapacidad como una enfermedad; a un modelo en el cual el principal objetivo es integrar en nuestra sociedad, de la forma más natural posible, a todas esas personas que sufren de alguna minusvalía. Los mayores problemas relacionados con esta integración, los hemos encontrado siempre en el ámbito de las incapacidades intelectuales, lo cual siempre han sido vistas como un problema para la sociedad, cuya solución mas eficiente era la exclusión y marginación. Pero no se trataba solo de una visión, sino que la normativa legal acompañaba, permitiendo el internamiento de estas

¹¹ Exposición de motivos del Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3, pp. 247-250

personas en muchos casos, sin necesidad de contar con unos requisitos específicos y justos. Esta visión, por supuesto que ha cambiado; al igual que las normas legales. Sin embargo, de lo que todavía no hemos conseguido deshacernos, es de esa tendencia a la marginación¹².

Además, otra de las razones para querer dar una mayor independencia y autonomía a las personas con discapacidad, responde al hecho de que la educación y posibilidades de estas personas, han ido cambiando a lo largo de los años. Hoy en día, las personas con discapacidad reciben una buena formación, y muchos de ellos son capaces de introducirse además en el mundo laboral. Este es un un aspecto fundamental para la integración de estas personas en la sociedad, ya que el trabajo contribuye a favorecer la autonomía no solo laboral, sino también personal y social.¹³

Es importante destacar, que dicho anteproyecto esta suscitando/ esta conduciendo al levantamiento de un variado elenco de opiniones; siendo este un tema muy delicado y por tanto, difícil de tratar. No nos cabe ninguna duda de que todas las personas, por más o menos discapacidad que tengamos, somos iguales en derechos, y así lo predica nuestra constitución en su artículo 14: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”,si endo este además uno de sus principios fundamentales. Sin embargo, nos podemos encontrar ante ocasiones en las cuales ciertas personas necesitan un apoyo, o asistencia para tomar sus decisiones.

Se pretende con este anteproyecto, como ya adelantábamos antes, un cambio en el sistema vigente, que pasaría de un modelo en el cual se sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, por la de su representante (asumiendo que éste debe de actuar siempre en beneficio e interés de la persona incapacitada); “*por otro basado en el respeto a la*

¹² Pau, A., “De la incapacitación al apoyo... cit. pp. 6-7

¹³ Flores Martos, R., Graus, M., y Gómez González, E. “Formación profesional y transición...” cit. pp.1.

voluntad y preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.”¹⁴. Y en palabras del consejero de Estado Antonio Pau, Presidente de la sección de lo civil en materia de codificación, cuando esa voluntad y preferencias de la persona no estén del todo formadas, será necesario contribuir a su formación¹⁵, de modo que esa persona pueda tener una determinada personalidad, con sus propios deseos y preferencias. Si hasta ahora se han tomado las decisiones “en interés” de la persona con discapacidad, con el anteproyecto se pretende que la voluntad de la persona adquiera una mayor relevancia a la hora de tomar las decisiones; colocándose por encima del interés y buscando respetar ésta al máximo siempre. Especialistas del derecho, como Antonio Pau, defienden completamente esta postura, predicando que aquellos ordenamientos que priorizan el interés, antes que la voluntad, no se encuentran en lo cierto; ya que siempre debe de predominar la autonomía de las personas. Solo en caso de que esta autonomía o voluntad no pudiera ser identificada o plasmada de forma correcta, recurriríamos al interés.¹⁶

Sin embargo, aunque ya hemos visto que siempre primará la voluntad del discapacitado frente al interés de éste, la Convención hace especial énfasis en la “supremacía del interés de la persona con discapacidad” cuando nos referimos a su relación con terceros; concepto muy distinto a los anteriores. Esto quiere decir, que cuando se pudiera producir un conflicto entre los intereses de una persona con discapacidad, y los intereses de una persona sin discapacidad; deberán de primar siempre los intereses del primero, por su carácter más vulnerable.¹⁷ Pero no por este carácter más vulnerable, deberán de verse las

¹⁴ Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3. Documenta, pp. 247-310

¹⁵ Pau, A., “De la incapacitación al apoyo...” cit. pp. 8-9.

¹⁶ *Ibidem* pp. 9-10.

¹⁷ *Idem*

personas con discapacidad como un colectivo apartado, distinto en nuestra sociedad; sino que simplemente deben de precisar de una serie de apoyos y técnicas de protección, para poder ejercitar sus derechos de la forma mas efectiva posible, y así, poder también participar activamente en la sociedad.

Esta mayor protección hacia las personas con discapacidad, podemos apreciarla también en el Código Penal, en el delito de coacción. Los artículos 172 y 183 CP establecen que los delitos de coacción leves, se convertirán en delitos de coacción graves, en aquellos casos en los que el destinatario sea una persona con discapacidad.

Después de todo esto, queda claro, en palabras de PALLARÉS NEILA, J., que la reforma es necesaria¹⁸. Y así lo corrobora también el notario Ramón Corral Beneyto: *“Las normas de nuestro ordenamiento jurídico en materia de discapacidad son insuficientes, ya que no se aborda la respuesta que la sociedad debe dar a las personas con discapacidad para que puedan ejercer la totalidad de los derechos que les corresponden”*¹⁹. A las personas con discapacidad les corresponden los mismos derechos que al resto.

Para conseguir este cambio del que hemos estado hablando, el anteproyecto propone una regulación separada para los menores y los discapacitados. Así, a la protección de los menores de edad se destinaría la figura de la tutela; mientras que para la asistencia de los discapacitados se utilizará la curatela, la cual es, además, objeto de ampliación y reforma en este anteproyecto.

¹⁸ Pallarés Neila, J., “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 153-171.

¹⁹ Corral Beneyto, R., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español”, *El notario del siglo XXI*, núm.48, 2013.

Se pretende dar un tratamiento distinto a los menores e incapacitados; que habían sido considerados como iguales hasta el momento. Y esto es debido a que son colectivos completamente diferentes, con distintas necesidades.

Por último, en cuanto a la estructura de estas figuras, cabe decir que el nuevo anteproyecto, introduce un título denominado “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*”²⁰. Este capítulo, incluirá la regulación de todas aquellas medidas de asistencia necesarias para lograr siempre el mayor interés de las personas con discapacidad; como ya hemos mencionado anteriormente, tratando de que prime su voluntad por encima de su interés.

²⁰ Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3. Documenta, pp. 247-310.

4. COMPARACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN LA REDACCIÓN ACTUAL DEL CC Y EN EL ANTEPROYECTO

En este apartado, pasaremos a analizar más profundamente, los cambios que propone el anteproyecto a nuestra legislación actual, en las instituciones de la patria potestad, la tutela y la curatela. Se explicarán las principales reformas que se establecen para estas instituciones, así como las principales ventajas o inconvenientes que estas pudieran conllevar.

Debemos comenzar diciendo, que dicha reserva se estructura alrededor de cinco artículos; el primero modifica el Código Civil; el segundo modifica la Ley hipotecaria; el artículo tercero reforma la ley de enjuiciamiento civil; el artículo cuarto se refiere a la Ley de Registro Civil; y finalmente el artículo quinto afecta a la Ley de Jurisdicción voluntaria²¹. En este trabajo, nos centraremos en aquellas modificaciones que afectan al código civil, es decir, las pertenecientes al artículo primero del anteproyecto. Así, compararemos la normativa vigente que ya se estableció al principio de este trabajo; con aquellas normas promulgadas por el reciente anteproyecto. Sin embargo, hay que mencionar que la modificación de determinados artículos del Código Civil, en materia de discapacidad; conllevará inevitablemente la modificación del resto de las leyes mencionadas anteriormente.

Esta reforma del CC, es la de mayor trascendencia e impacto; ya que, como ya hemos mencionado en numerosas ocasiones, proclama un cambio en el sistema, que asentará sus bases sobre la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

²¹ Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3. Documenta, pp. 247-310

4.1 Patria Potestad

4.1.1 Código civil

a) Definición

La patria potestad es, según ALBALADEJO, la institución jurídica que incluye una serie de facultades ostentadas por los padres, que se encargan de garantizar la buena protección y formación de sus descendientes²². Esto significa que los padres disponen de una serie de derechos sobre éstos, así como una serie de deberes, que son de obligado cumplimiento para los padres hacia sus hijos. Esta asignación a los padres, deriva de la relación paterno-filial que subyace entre éstos y sus hijos; es decir, del lugar que ocupan los padres en la vida de los hijos. Por ello, la patria potestad, no podrá ser ejercida por personas diferentes a los progenitores, ya sea por ambos conjuntamente; o solo por uno de ellos.

Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil, concretamente en el artículo 154, que establece lo siguiente:

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.ºVelar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.ºRepresentarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez

²² Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de familia IV*, Edisofer, Madrid, 2009, pp.280.

deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

Tal y como se expone en el artículo, la patria potestad conlleva fundamentalmente deberes a cargo de los padres; y para que estos deberes puedan ser cumplidos de forma eficaz la ley otorga facultades a los padres sobre los menores.

Ésta se deberá de ejercer siempre y en todo caso en beneficio de los hijos; siguiendo el principio latino de favor *fili*²³, también conocido como principio de interés superior del menor, según el cual siempre deberá de primar el interés de éste²⁴. Así lo expresa también nuestra Constitución en su artículo 39 (3º apartado): “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

De igual forma, corrobora esto la Sentencia de 24 de abril de 2000, afirmando que:

“La patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden [...]”.²⁵ La sentencia afirma que es una institución jurídica de protección, de educación, de cuidado, y también funciona como medio para suplir todo tipo de

²³ Urbón Llaca, A., “Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos” (disponible en <http://www.zarraluqui.net/articulos/225-distintos-tipos-de-guardia-y-custodia-y-requisitos-jurisprudenciales-del-tribunal-supremo-para-conseguirlos>, última consulta 7/04/2019).

²⁴ Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 97

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala primera de lo Civil, de 24 de abril 415/2000 relativa a la privación de la patria potestad.

incapacidad. Y sobre todo, hace hincapié, en que siempre se defenderá de forma primordial el interés del menor.

b) Titularidad y ejercicio

Además, como ya se mencionó anteriormente, la patria potestad puede ser ejercida, por ambos progenitores conjuntamente, con independencia de su sexo, o de si se encuentran o no casados; o en exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro. Esta cuestión aparece regulada en el artículo 156 del Código Civil: *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo de ellos; 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.”*

Dicho esto, normalmente, la patria potestad es ejercida por ambos progenitores. Sin embargo, potestad conjunta no comporta necesariamente actuación conjunta ineludible en todo lo relativo al hijo; pues ello, lejos de representar un beneficio, podría en muchos entorpecer la toma de decisiones en situaciones de extrema urgencia y necesidad. Esto no quita que, para tomar este tipo de decisiones, los progenitores estarán siempre y en todo caso obligados a seguir las pautas legales establecidas a tal efecto, primando siempre el interés superior del hijo; y en especial, en cuanto a su deber y derecho de orientarlos en el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la ciudadanía activa.²⁶

No obstante, hay casos en los que la patria potestad es ejercida por uno solo de los progenitores. Entre estos casos, se encuentran aquellos en los que ha sido privada o excluida la patria potestad a alguno de los padres, que alguno de ellos se encuentre en

²⁶ Wills Rivera, L., “La patria potestad en la ley orgánica de protección al niño, niña y adolescente” en Lasarte, C. (coord.), *Patria potestad, Guarda y Custodia*, Vol. I, Congreso IDADFE, Madrid, 2011, Tecnos, S.A., pág. 22.

situación de ausencia; o se haya inhabilitado a alguno para llevar a cabo el ejercicio de esta. Estos casos los comentaremos más adelante.

Además, es importante destacar que la patria potestad es un derecho completamente intransferible, ya que corresponde a los progenitores a causa de la relación paterno-filial que subyace entre los padres y los hijos.

c) Destinatarios de la patria potestad

La minoría de edad se caracteriza por la plena sumisión y dependencia a las personas titulares de la patria potestad o al tutor. Por lo tanto, este podemos considerarlo como el único supuesto en el que cabe el completo ejercicio de la patria potestad. Esto es así, ya que presuponemos que, tanto los menores emancipados como aquellos que ya hubieran alcanzado la mayoría de edad, es decir los 18 años, gozan ya de plena capacidad de obrar, y, por tanto, de plena capacidad para administrar sus bienes y tomar sus propias decisiones. Exceptuando de esta plena libertad para obrar aquellos actos especialmente relevantes, realizados por el menor emancipado, para los que necesitará una autorización especial, ya sea de sus padres, de su tutor... etc.

Sin embargo, lo mencionado anteriormente, no excluye que los menores puedan realizar una serie de actos con validez jurídica, determinados en algunas normas del Código Civil; siempre y cuando, se demuestre que estos gozan de la capacidad y madurez suficiente como para llevarlos a cabo. La regulación de estos actos la podemos encontrar en el artículo 162 del Código Civil, que establece, que *“aunque el ejercicio de la patria potestad implica la representación legal de los menores no emancipados; quedarán excluidos de este ámbito, todos los actos : 1ºRelativos a derechos de la personalidad u otros que el menor, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo 2.ºAquellos en que exista conflicto de intereses entre los*

progenitores y el menor 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los progenitores.”²⁷

Esta sumisión de la que hablábamos antes, se materializa principalmente en el deber de obediencia del menor a sus padres y representantes. Por que, además de obligaciones, los progenitores también tendrán ciertos derechos sobre sus hijos. Estos deberán de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre; así como contribuir equitativamente, al levantamiento de las cargas familiares, mientras con ella convivan. Y así lo establece el artículo 155 del Código Civil.

Además, seguirán bajo la patria potestad, aquellos mayores de edad que hubieran sido declarados como incapaces por sentencia judicial; constituyéndose lo que conocemos como patria potestad prorrogada. Y en el caso de que el hijo en cuestión, estuviera viviendo solo, y se le incapacita, este recobrará la patria potestad, quedando entonces también, bajo los efectos de la patria potestad prorrogada (Art. 171). Además, en los casos en los que cesara la curatela, bien por muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, bien por la adopción del hijo, bien por haberse declarado cesación de la incapacidad, o bien por haber contraído matrimonio el incapacitado; pero la situación de incapacitación subsistiera, sería necesario constituir tutela o curatela, en función del grado de incapacitación que existiera en ese momento. ²⁸

²⁷ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho” en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Navarra, 2016 pp. 257

²⁸ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección...” cit. pp. 259.

d) Exclusión de la patria potestad

- Privación

Cuando se esta llevando a cabo, un inadecuado ejercicio de la autoridad paterna, y siempre con el objetivo de proteger al hijo, cabe la posibilidad de que el juez, prive al padre o a la madre de la patria potestad. Esto significa, que bien el padre, bien la madre, o bien ambos, dejarán de gozar de esos derechos anteriormente mencionados respecto de su hijo; esto es, el menor dejará de estar al cargo de sus progenitores. Esta privación se tramitará a través de un juicio ordinario, que acabará con el dictado de una sentencia de privación. También se privará a estos, en caso de que hubiera causa fundada tanto matrimonial como criminal.

- Extinción

Distinto de la privación, es la extinción de la patria potestad. En estos casos, no se deniega la patria potestad de un hijo a sus progenitores, por alguna causa imputable a estos; por el contrario, en este tipo de supuestos desaparece dicha figura, por alguna causa natural e incontrolable; como pueden ser la muerte o declaración de fallecimiento bien de los padres, o de los hijos. También se dará por terminada la patria potestad, en aquellos casos en los que el hijo tome la libre decisión de emanciparse, o realice alguno de los actos que conduzcan a esta situación, como por ejemplo: contraer matrimonio. Y por último, en caso de que el hijo fuera adoptado, la patria potestad pasaría a recaer en los “nuevos” padres.

4.1.2 Anteproyecto

El anteproyecto, no modifica en gran medida la figura de la patria potestad. Esta se mantiene en casi toda su extensión, con la excepción, de que suprime la institución de la patria potestad prorrogada. Se trata de un tipo especial de patria potestad, de la cual gozan aquellas personas que hayan sido incapacitadas por sentencia judicial, una vez alcanzan la mayoría de edad. Estas personas, siguen bajo el mando de sus padres, o en su caso, de aquella/s persona/s que sostengan la patria potestad, cuando alcanzan la mayoría de edad. En condiciones normales, la patria potestad se extingue, entre otros, una vez alcanzada a

mayoría de edad. Pero en el caso de las personas incapacitadas, esto no es así, la dependencia de estos a sus padres se prorroga, por razones de protección, ya que se presupone que no pueden gozar de una independencia total. El nuevo anteproyecto, con su nuevo enfoque, suprime esta figura; dejando al servicio de las personas necesitadas de medidas de apoyo la figura de la curatela, para asistirles y representarles, cuando fuera necesario.

4.2 Instituciones tutelares

La tutela y la curatela son instituciones fundamentales de guarda y protección legal de las personas que tienen limitada su capacidad de obrar, y/o de sus bienes; tal y como se establece en el artículo 215 del Código civil. Por lo tanto, su principal función, es la de auxiliar a aquellas personas que tienen limitadas sus capacidades, y tratar así de prevenir los riesgos que esta falta de capacidad puede suponer para las esferas personal y/o patrimonial de estas.²⁹

Estas instituciones se recogen en nuestro ordenamiento jurídico; tanto en el Código Civil, como en la ley de jurisdicción voluntaria. Y, se encuentran reguladas concretamente en los artículos 215 a 298 del Código Civil, en los cuales se establecen su definición y características.

Cada figura tiene sus propias características, sin embargo, ambas comparten una serie de características comunes; hasta el punto de que el régimen de la tutela, suele resultar de aplicación a la curatela. Cabe destacar, que esta remisión general es aceptada por algunos autores como SANCHO, recalando este que la remisión exceptuara lo relativo a la esfera personal³⁰. Por otra parte, autores como MORENO QUESADA, es partidario de la

²⁹ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección...” cit. pp.258.

³⁰ Idem.

especificación de esta figura, afirmando que *“no podemos equiparar ambas figuras, ya que son instituciones completamente diferenciadas; por ello no podemos aceptar una remisión genérica al régimen jurídico de la tutela, salvo en supuestos de analogía debidamente justificada”*³¹ La curatela tiene su propio contenido y régimen.

Dicho esto, mencionaremos esas características comunes, que quedan establecidas esencialmente en los artículos 216 y 217 del Código Civil, y que tal y como afirma DE COUTO GÁLVEZ son las siguientes:

- a) Los cargos tutelares se constituirán como deber para la persona a la cual se le adjudiquen, se llevarán a cabo siempre y en todo caso en beneficio del tutelado, y por tanto, solo se admitirá la excusa del cargo, en los casos concretamente previstos en la ley.
- b) La constitución y desarrollo de estas instituciones, se llevará a cabo siempre bajo el control de la autoridad judicial, pudiendo establecer las medidas, que en su caso pudieran ser necesarias, para asegurar la correcta protección del menor o incapaz.
- c) El cargo tutelar quedará determinado por resolución judicial, y constará en el Registro Civil.
- d) Aquel sujeto que ejerza el cargo tutelar podrá solicitar una remuneración por su actividad e interponer acciones de daños y perjuicios cuando proceda
- e) El tutor o curador, no podrá recibir ningún tipo de liberalidad del sujeto sometido a tutela o a curatela³²

³¹ Moreno Quesada, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP, 1985, pp.307 y ss.

³² De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección...” cit. pp. 259.

Sin embargo, antes de adentrarnos más profundamente en cada una de las figuras, y habiendo señalado sus características comunes, cabe destacar su diferencia principal: mientras el tutor funciona como representante legal del tutelado³³; el curador simplemente trata de suplir la completa incapacidad de obrar de aquella persona sometida a curatela, presentando este una simple asistencia legal.

4.2.1 Tutela

4.2.1.1 Código Civil

a) Destinatarios

Podemos considerar la tutela como el más pleno de los sistemas tuitivos. Adentrándonos en esta figura, debemos señalar que se encuentra regulada en el artículo 222 del CC, en el cual se especifican los sujetos protegidos por el cargo tutelar. La institución se constituirá cuando se trate de menores no emancipados no sometidos a patria potestad; de incapacitados, cuando así se haya establecido en la sentencia; de sujetos con patria potestad prorrogada, cuando cese ésta; y por último, de aquellos menores que se encuentren en situación de desamparo.

b) Designación

En cuanto a su designación, será el juez el encargado de designar la tutela del menor, siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente exigidos, y previa audiencia de los parientes más próximos, del sujeto en cuestión si este tuviere la madurez suficiente, y de todo el resto de personas que se consideren oportunas.

Además, conforme al artículo 229 del Código Civil, la promoción de la tutela, no está configurada como una mera facultad; sino por el contrario, como un deber legal. “Los

³³ Cano Tello, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, pp.141 y ss.

parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitados” estarán obligados a promover la constitución de la tutela; y aquellos que no cumplan esta obligación, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados. La existencia de esta obligación para ciertas personas, no quiere decir que, el resto de personas no estén legitimadas para hacerlo. Si alguien conociera la existencia de hechos o circunstancias que pudieran dar lugar a la constitución de la tutela de un menor, estaría autorizado para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, o de la autoridad judicial dicha circunstancia determinante. No obstante, en estos casos, dicha persona, mas allá de informar acerca de los hechos o circunstancias relevantes, no formaría parte del procedimiento judicial posterior.³⁴

Siguiendo con el artículo 223, es relevante destacar también, que cabe la posibilidad de que los progenitores establezcan, en testamento o documento público notarial, una previa designación del cargo tutelar, estableciendo órganos de control de la tutela y determinando las personas que ejercerán dicho control; así como cualquier otra cuestión que afecte a la persona y patrimonio del menor. Sin embargo, siempre y en todo caso será el juez el que constituya la tutela; y cuando lo establecido previamente por los progenitores no sea beneficioso para el menor, el juez podrá con total libertad designar a una persona distinta de la nombrada por estos.³⁵

c) Titularidad y ejercicio

³⁴ Sancho, F., “Tutela e instituciones afines” en Lacruz, J, L. et al., *El nuevo régimen de la familia*, vol. III, Madrid, 1984, pp.151- 152

³⁵ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección...” cit. pp. 261-262.

El Código Civil, establece en su artículo 234 un orden de prelación para la designación del tutor. Este orden deberá de ser seguido por el juez para el nombramiento de dicho tutor.

El orden que se establece es el siguiente:

- 1) *“A aquel designado por el propio tutelado (Autotutela)*
- 2) *Al cónyuge que conviva con el tutelado*
- 3) *A los padres*
- 4) *A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad*
- 5) *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez”.*

Dicho esto, podría darse el caso de que ninguna de las personas establecidas en el artículo 234 pudieran llevar a cabo esta figura de la tutela, bien porque no existan, porque estén incapacitadas o no sean hábiles para ello. De este tipo de casos se encarga el artículo 235, según el cual, en defecto de éstas, el juez designar como tutor *“a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo”*. Podemos decir entonces, que el juez tiene un amplio margen de elección. No obstante, es necesario aclarar que siempre deberá de tener presente el beneficio de la persona sometida a tutela, actuando ésta como límite a la elección del juez. Además, todo menor mayor de 12 años, deberá de ser escuchado en estos casos.

Aparte de este orden, es importante mencionar también que el cargo de tutor es un cargo de carácter unipersonal, y por tanto, ejercido por una única persona. Sin embargo, hay circunstancias especiales para las cuales se contempla la posibilidad de la existencia de una tutela plural. Entre estos casos especiales, regulados en el artículo 236 del Código Civil, se encuentra aquel supuesto en el que resulte estrictamente necesario separar el cargo de tutor del menor y el cargo de tutor del patrimonio del menor, por razones de protección de los intereses y derechos del tutelado. En estos casos, actuarían de forma totalmente independiente uno de otro, cada uno en función de los intereses que se le

hubieran encomendado proteger.³⁶ Asimismo, también sería posible la tutela dual, cuando esta fuera ejercida por ambos progenitores, de forma parecida a la patria potestad.

En cuanto al funcionamiento y ejercicio de este tipo de tutela plural, tendremos que acudir a los artículos 237 y 237 bis del Código Civil.

Una vez expresadas estas consideraciones previas, hay que mencionar, que según los artículos 241 y 242 del Código Civil, podrán ser tutores “*todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.*” Asimismo, “*Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.*”

Las causas de inhabilidad a las que se refiere el primer artículo, (arts. 243-246) son tales como que los potenciales tutores hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior; que hubieran sido condenados por delitos que pudieran dar por hecho que no serían capaces de realizar de forma correcta el cargo que se les encomienda; que tuvieran una mala y manifiesta relación con el tutelado, entre otros.

Por otra parte, es importante mencionar también que el cargo de la tutela goza de carácter obligatorio (art 216 CC), y por tanto, no se puede renunciar a este salvo en circunstancias muy concretas y especiales; como a causa de una enfermedad, de la edad, de falta de tiempo.. etc. Este tipo de causas deberán ser comunicadas por el interesado en un plazo de concretamente 15 días desde que este hubiera conocido del nombramiento en cuestión, o en su caso, en un plazo de tiempo mayor, habida cuenta de circunstancias sobrevenidas y de urgente necesidad.

³⁶ Díez- Picazo, L., “Notas sobre la institución tutelar” en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp 203 y ss

d) Exclusión de la tutela: Cese y extinción.

- Cese

En ocasiones, se podrá dar la remoción³⁷ de la persona designada como tutor, tal y como queda establecido en el artículo 247 del Código Civil. En caso de que después del nombramiento “*incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.*” Esta destitución, deberá ser llevada a cabo a través de un procedimiento judicial, instada de oficio por el juez o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de cualquier otra persona interesada.³⁸ Además, se dejará al tutelado que hable, en caso de que tuviera suficiente capacidad para ello. Podrá ser nombrado un defensor judicial, mientras se tramita el expediente, quedando suspendidas las funciones del tutor durante este periodo de tiempo.³⁹

▪ Extinción

Por otro lado, hay determinadas circunstancias que pueden llevar a la extinción del cargo tutelar. Dicha extinción, a diferencia del cese, tiene lugar cuando desaparecen los motivos que motivaron la existencia del órgano tuitivo.⁴⁰ Estas se encuentran en los artículos 276 y 277 y son: la obtención de la mayoría de edad, la adopción, el fallecimiento del tutelado,

³⁷ Serrano Molina, A., *La remoción del tutor*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

³⁸ Serrano Molina, A., *La remoción del tutor*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

³⁹ Sancho, F., “Tutela e instituciones...” cit. pp.160-161.

⁴⁰ Vivas Tesón, I., “Tutela y curatela”, Universidad de Sevilla, Sevilla (disponible en <http://personal.us.es/ivivas/tutelaycuratela.pdf>; última consulta 25/03/2019)

la concesión del beneficio de la mayoría de edad, la recuperación de la patria potestad; y modificación judicial del cargo tutelar.

4.2.1.2 Anteproyecto

En el nuevo anteproyecto, y tal y como hemos mencionado anteriormente, la tutela quedará reservada exclusivamente a los menores de edad; de tal manera, que los posibles destinatarios pasarán a ser únicamente los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad, excluyendo como potenciales tutelados a los incapacitados. Por tanto, antes de nada, cabe mencionar que se suprimirá, como es lógico, todo lo relacionado con discapacitados en materia de tutela.

La tutela, en palabras de *PEREÑA VICENTE*, se transforma en este proyecto en la “*curatela representativa*”⁴¹. Y así, se logra una mayor flexibilidad de la institución, “*lo que es un acierto y termina con la rigidez propia de las instituciones clásicas, que es uno de los motivos que provocan el recurso excesivo a la tutela*”⁴².

Adentrándonos en el análisis más específico de esta institución, empezaremos diciendo que cuando se aprobó por primera vez el Código Civil, no existía todavía una ley de jurisdicción voluntaria. Esta ley introdujo el expediente de jurisdicción voluntaria para regular determinadas situaciones legales, lo cual facilitó en gran medida los trámites a seguir en muchos casos. Así, el nuevo anteproyecto suprime una serie de artículos del Código Actual que trataban de regular los pasos necesarios para la constitución de la

⁴¹ Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 67

⁴² Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho...” cit. pp.67

tutela; y añade simplemente, para la constitución de la tutela, la puesta en marcha de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Además, resulta relevante también, la supresión de la obligación del juez o ministerio fiscal de pedir la constitución de la tutela, en caso de que tuvieran conocimiento de que alguien de su territorio lo necesita. Es decir, se elimina la obligación de promover la tutela, por parte del juez o Ministerio Fiscal. Esto es algo que puede resultar perjudicial para el posible tutelado, ya que, al suprimir esta obligación, se reducen las posibilidades, de que la persona necesitada de la institución tutelar, acabe siendo realmente sometida a ésta.

Asimismo, en el nuevo artículo 200 del anteproyecto, se hace especial énfasis en la idea de la institución de la tutela como un deber; que tendrá que ser ejercida siempre “*en beneficio del tutelado y estará bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.*” Se predica un mayor control sobre estas instituciones, teniendo en cuenta además, que en ocasiones, como ya hemos mencionado antes, se aparta a la familia y se encomienda a otro tipo de entes, como por ejemplo instituciones públicas, el desarrollo de esta labor. Por lo tanto, es lógico el establecimiento de un mayor control del desarrollo de estas instituciones, por parte de la autoridad judicial.

En cuanto al nombramiento de ésta, podrán seguir siendo tutoras todas aquellas personas físicas con las aptitudes necesarias; así como personas jurídicas con sus propios requisitos.

Además, al no aplicarse ya esta figura a personas con discapacidad, se suprimirá en el orden de prelación a la persona designada por el potencial discapacitado; así como al cónyuge, ya que al ser menores no emancipados, en ningún caso podrán tener. Se suprime también a los descendientes, ya que se presupone al tratarse de menores, que los casos en los que pudieran entrar en juego descendientes; serán prácticamente inexistentes. Asimismo, al estar esta institución dirigida únicamente a menores, los padres como posibles tutores también desaparecen. Esto es lógico, ya que la principal razón para que estas instituciones de protección entren en juego, es la falta de atención por parte de los padres.

Por tanto, en lo que se refiere al orden de prelación, se preferirá en primer lugar a aquella persona establecida por los padres; y en segundo lugar, a aquel ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial. En caso de que ninguna de estas personas pudiera ejercer el cargo, se llevaría a cabo por la persona que designe el juez por sus relaciones con el menor y en beneficio de éste; esto se mantiene en el anteproyecto también.

Cabe mencionar también, que se seguirá permitiendo la figura de la autotutela, en determinados supuestos, que prácticamente no varían en el nuevo anteproyecto; con excepción de aquello considerado como de necesaria modificación debido al cambio de sistematización.

En lo que se refiere a las inhabilidades, podemos decir que la gran mayoría de ellas se mantienen de forma íntegra. Sin embargo, resulta curiosa la supresión de otras; como por ejemplo:

1. *Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho (art. 244 CC).*
2. *Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado (art.244 CC).*
3. *Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida (art.244 CC).*
4. *Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración (art.244 CC).*
5. *Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena (art.243 CC).*

Entendemos que la supresión de estas, se puede deber a la falta de necesidad de aquellas, así como en muchos casos, el deseo de simplificar la ley. Además, se puede entender que algunas de las inhabilidades suprimidas se podrían considerar como incluidas, en algunas de las otras inhabilidades establecidas. A modo de ejemplo, podemos mencionar que la supresión de la inhabilidad del artículo 243 relativa a la condena de la pena privativa de

libertad, trata de limitar aquellos casos en los que se prohíbe desarrollar las funciones de esta institución. Como ya se ha mencionado en el apartado anterior, El actual artículo 243 CC, establece en su apartado cuarto que no podrán ser tutores “*Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela*”, de tal forma que ya se establece una prohibición para aquellos que hubieran sido condenados por delitos que tuvieran la suficiente relación con la institución tutelar, como para poder dar por hecho que no desempeñarían bien el ejercicio de ésta. Esta prohibición se mantiene en el artículo 217 del nuevo anteproyecto.

Sin embargo, la prohibición que se suprime, hacía referencia a cualquier delito, y esto puede resultar en algunos casos, como injusto y poco coherente. Ya que, aquel condenado a pena privativa de libertad, por, por ejemplo, un delito de conducción (que no tiene ninguna relación con el desarrollo de las instituciones tutelares), no debería de ser privado del posible ejercicio de ésta. Y esto se debe, a que, a la hora de la verdad, nada dice la condena por un delito de conducción, de las capacidades de esa persona para ejercer la tutela. Habría que emprender entonces, un análisis de las causas del delito, y si se considera que esas causas pueden afectar al correcto funcionamiento de la tutela, por supuesto privar a esa persona del posible ejercicio de ésta.

En lo que se refiere al ejercicio de la tutela, y para llevar a cabo su regulación, el nuevo anteproyecto toma como base la figura de la curatela; aplicándole las principales características del ejercicio de esta institución a la tutela, y añadiendo una serie de particularidades. Podemos considerar esto como un cambio fundamental, ya que pasamos de un sistema en el cual la figura de la curatela se encontraba vagamente regulada, y en el cual se hacía constante referencia a la tutela para la regulación de ésta; a otro sistema en el que la figura de la curatela pasa a ser una pieza clave/toma una posición fundamental. Esta institución, no sólo pasa a tener su propia y extensa regulación, sino que además, la tutela se ejercerá en base a lo que se establece en el anteproyecto acerca de la curatela. La importancia de la figura de la curatela se ha remarcado de manera significativa.

En cuanto a las causas de su extinción, podemos decir que no encontramos cambios significativos. Se comprimen algunos artículos, con el fin de lograr un mayor orden y

claridad; y se agrupan de una forma mejor, incluyéndose en ocasiones unos en otros. Como ya hemos mencionado, se trata de dar simplicidad al código, tratando de agrupar todos aquellos casos que pueden ser incluidos en uno de ellos. Como es de esperar, todo aquello lo relacionado con los discapacitados desaparece con el nuevo proyecto.

Por último, podemos destacar como cambio importante en materia de responsabilidad, la incorporación del siguiente artículo:

Artículo 233 Anteproyecto CC

El tutor responderá de los daños que hubiese causado al menor por su culpa o negligencia.

La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

Sobre esto, podemos decir que se ha tratado de completar una laguna legal. En el CC, no existe una responsabilidad específica para los tutores, sino que la responsabilidad de éstos entra dentro de la responsabilidad general del artículo 1902-1903. El nuevo anteproyecto concreta esta responsabilidad, introduciendo una responsabilidad específica para el caso de los tutores. Lo que era genérico pasa a ser específico; y no solo eso, si no que además se aplica un plazo de prescripción.

4.2.2 Curatela

4.2.2.1 Código civil

a) Definición

En segundo lugar, entraremos a analizar la institución jurídica de la curatela. Esta figura fue introducida en nuestro ordenamiento con la ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma

del Código Civil de 1889⁴³. Anteriormente, la tutela era la única figura existente para dar determinados apoyos a las personas con discapacidad. Sin embargo, el conceder la misma protección a las personas con grados altos de discapacidad, que a aquellas personas con leves minusvalías, llevo a los legisladores a pensar que era necesaria la creación de una nueva figura, menos estricta que la tutela.⁴⁴ Y así, aparece la figura de la curatela. Esta, tiene, según el autor LETE DEL RIO, una *clara función de asistencia o complemento de capacidad* y no de representación como tiene la tutela; y por tanto, el criterio más determinante para la constitución de esta, será el grado de discernimiento sometida a este cargo de guarda.⁴⁵

b) Destinatarios

En cuanto a los destinatarios, la institución resulta aplicable a supuestos tan dispares, que el autor Carlos Lasarte, afirma, que conviene distinguir entre dos tipos de curatela. En primer lugar, la llamada curatela propia, que engloba aquellos supuestos que determinan por ellos mismos el nacimiento de la curatela. Estos son los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; y los declarados pródigos.⁴⁶ En estos casos, tal y como afirma el artículo 288 del CC “*la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por si solos*”; por tanto, en estos casos no se suprime la voluntad de aquella persona sometida

⁴³ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. (BOE 26 octubre de 1983)

⁴⁴ García Alguacil, M.A., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016. pp.13

⁴⁵ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección...” cit. pp.268.

⁴⁶ Lasarte, C., *Parte General y derecho de la persona*, Principios de derecho civil I, Marcial Pons, Madrid, 2017. pp.134

a curatela, sino que simplemente se realiza una labor de asistencia a esa persona para que ésta pueda tomar la mejor decisión posible.

Por otra parte, nos encontraríamos con la llamada curatela impropia.⁴⁷ Bajo esta forma de curatela el citado autor incluye aquellos casos en los que procede la constitución de la curatela por razón de la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique; las cuales seleccionan esta forma de protección como la mas idónea para estos casos, en atención a su grado de discernimiento. Por tanto, en este tipo de supuestos, la constitución de la curatela no depende del supuesto de hecho, sino de las valoraciones que realicen los jueces⁴⁸; y tendrá por objeto la asistencia del curador al incapacitado, en todo aquellos que imponga la sentencia (art. 289).

c) Designación

En lo que respecta a la designación, debemos exponer que, siguiendo el artículo 291, se aplicará a la figura de la curatela todo lo establecido anteriormente para la institución de la tutela. Así, siempre que se haya de nombrar a un curador, nos dirigiremos directamente a la regulación que concierne a la tutela; y de tal forma, se podrá nombrar de forma adecuada y legal a la persona que desempeñará dicha función.⁴⁹

Dicha designación siempre la deberá de realizar el juez.

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Ibidem pp.156-157.

⁴⁹ De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección ...” cit. pp. 271.

d) Titularidad y ejercicio

Como ya se mencionó anteriormente, se aplicará a los curadores gran parte de la normativa prevista para los tutores; y así lo predica el artículo 291. *“Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.”*

Por tanto, en lo relativo a la titularidad y ejercicio, también será de aplicación la normativa prevista para tutores.

e) Extinción

En cuanto a la extinción, podemos decir que serán de aplicación, por analogía, las mismas reglas que las de los tutores.

4.2.2.2 Anteproyecto

La figura de la curatela, como ya se ha mencionado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, será, en este anteproyecto, objeto de una regulación más detenida y dará nuevo contenido a este medio de protección, que hasta ahora quedaba reservada para casos muy puntuales; y que pasará a ser considerada como *“una institución de asistencia, apoyo, ayuda; la curatela pasará a ser primordialmente, de naturaleza asistencial”*^l. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general ⁵⁰.

⁵⁰Magariños Blanco, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

La curatela, que pasará a ser “*el centro de las medidas de apoyo judicial*”⁵¹ se encuentra ampliamente regulada en el nuevo anteproyecto, sirviendo como referencia además, para la regulación de la tutela. Esta figura pasará a estar regulada en los nuevos artículos 266-292, que analizaremos a continuación.

La modificación más importante que va a sufrir esta figura, tal y como se ha ido comentando a lo largo del trabajo; se produce en relación a los destinatarios. La figura que actualmente se encarga de asistir a menores e incapacitados; con el nuevo anteproyecto se dedicará exclusivamente a las personas con discapacidad. Los pródigos tampoco podrán entrar dentro de esta forma de asistencia.

Y, por tanto, al quedar la discapacidad protegida exclusivamente por la curatela, desaparecerán de esta ámbito las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.⁵²

La curatela, tal y como se establece en el nuevo artículo 266, tendrá como máxima “*el respeto a la autonomía del discapacitado en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo siempre y en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias.*” Y solo se establecerá, en caso de que “*no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*”. Con esto, el anteproyecto pretende aclarar que se trata de una medida subsidiaria, que solo entrara en juego en casos de plena necesidad.

La curatela se constituirá a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de la misma forma que la tutela. Esto facilita los trámites a seguir.

Además, según el artículo 267 Anteproyecto, se determinarán expresamente aquellos actos en los que deba de intervenir el curador, habiendo realizado previamente un

⁵¹ Idem.

⁵² Magariños Blanco, V., “Comentarios al Anteproyecto...” cit. pp.201

profundo análisis acerca de la capacidad de la persona en cuestión; y determinando así, “*sus concretas necesidades de apoyo*”. Se trata de una institución de mera asistencia, donde solo entrará en juego la representación en casos muy excepcionales, que, deberán ser explícitamente determinados por la autoridad judicial.

Asimismo, el anteproyecto introduce un mayor control sobre la curatela desde el momento de su constitución, estableciendo ciertas medidas de control, para garantizar que no se atente contra los derechos de las personas necesitadas de apoyo, y que, en ningún momento, pueda resultar perjudicial para éstas.

Adentrándonos en la subsección de autocuratela, es importante recalcar la posibilidad que introduce el nuevo anteproyecto, en el nuevo artículo 269 y por parte de la persona mayor de edad o menor emancipada, “*de proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas*” para desarrollar la labor de curador; así como establecer disposiciones sobre “*el funcionamiento y contenido de la curatela*”. Esto resulta especialmente relevante, ya que, hasta ahora, el posible sometido a curatela, podía establecer cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, o designación del curador; siempre y cuando tuviera “*capacidad suficiente de obrar*”. En el nuevo artículo se amplía esta posibilidad a “*cualquier persona mayor de edad o menor emancipada*”. Cabe aclarar que esta opción se prevé para los casos en los que se pudiera necesitar de medidas de apoyo en un futuro.

Por tanto, se hace énfasis en la autonomía de las decisiones de las personas discapacitadas.

Aun así, el nuevo anteproyecto establece, de la misma forma que nuestro actual Código Civil, la posibilidad de prescindir de las propuestas de la persona necesitada de apoyo. El nuevo artículo 270, exige para poder llevar a cabo esta opción, “*la existencia de circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*”. Sin embargo, el CC actual, establece para poder prescindir de las propuestas del futuro discapacitado, simplemente la prueba de que, lo propuesto atenta contra el beneficio del discapacitado.

Además, en ambos casos, este tipo de decisiones se tendrán que justificar siempre mediante resolución motivada.

En lo que se refiere a las inhabilidades, podemos decir lo mismo que todo lo establecido para los tutores. Ya que, en el actual código Civil nos encontramos con mismas imposibilidades para ejercer el cargo para ambas figuras; y en el nuevo anteproyecto, exactamente igual. La única variación que nos podemos encontrar, en lo que respecta al anteproyecto, de la figura de la curatela respecto de la tutela es que, para poder excluir a alguien del potencial ejercicio de la tutela, ésta debe de haber sido excluida en escritura pública por los propios padres. Sin embargo, para poder excluir a alguien del potencial ejercicio de la curatela, ésta debe de haber sido excluida en escritura pública, por la propia persona necesitada de apoyo. Este cambio es obvio, ya que, como sabemos, en el nuevo anteproyecto, la tutela va dirigida a menores de edad, de los cuales se presume la falta de capacidad de obrar; y la curatela a mayores de edad o emancipados, de los cuales podemos predicar una mayor capacidad de obrar.

En el orden de preferencias para nombrar a un curador, se establecen también una serie de cambios. Y el nuevo artículo establece lo siguiente:

La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien este hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 270.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

Podemos encontrar, en este artículo, un cambio importante respecto al Código Actual; ya que la figura del hijo o ascendiente, pasa a ocupar el segundo lugar en el orden de prelación, cuando antes se encontraba en último lugar. Por otra parte, la figura de los progenitores pierde importancia, entendiéndose este anteproyecto que “*los progenitores no van a ser siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare a vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores*”⁵³, que en ocasiones, pueden sobrepasar sus funciones de representación, resultando más que en un beneficio, en un perjuicio para la futura vida independiente de sus hijos. Podemos entender además que esta modificación obedece también a la variación que se ha producido en el concepto de las instituciones familiares recientemente. Nos encontramos en una situación en la cual priman las familias desunidas. La unidad familiar que se ha venido predicando a lo largo de toda la historia, ha desaparecido, convirtiéndose estas muchas veces en meras uniones temporales, debido principalmente a la actual posibilidad de separarse o divorciarse. A su vez, esta nueva concepción de familia ha estado muy influenciada por el tema de la religiosidad. Y esto se debe a que la religión católica, que ha sido siempre el principal respaldo de la unión en las familias, ha perdido también mucha importancia en nuestra sociedad.

Y para terminar con la sección de nombramiento de la curatela, remarcaremos dos modificaciones más sobre éste, ya que el resto de artículos se mantienen prácticamente iguales.

La primera modificación se refiere a las razones para poder excusarse del cargo de la curatela, que en actual código son las mismas que para la tutela. Así, el artículo 251 CC establece que “*Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad,*

⁵³ Exposición de motivos del Anteproyecto... cit. pp. 247-250.

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.” Por tanto, se establecen una serie de causas específicas. Sin embargo, en el nuevo artículo 277, el anteproyecto establece que *“Será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo”*

Por tanto, como podemos observar en vista de los artículos, se está intentando llevar a cabo una simplificación y claridad.

Como segunda modificación, podemos mencionar, el establecimiento, en el nuevo artículo 279, de una retribución para el curador; lo cual hasta ahora solo se había previsto para el tutor. Podemos considerar esta modificación como lógica, por razón de la gran dedicación del curador hacia su curatelado. Además, al haberse configurado ahora la curatela como la única forma de protección para las personas discapacitadas, se introduce una remuneración, para que los curadores realicen su labor con mayor empeño; y así, se pueda lograr una mayor protección para estas personas necesitadas de apoyo.

La sección tercera del título se dedica al ejercicio de la curatela. Hasta ahora, para la regulación de esta institución, se acudía directamente a la regulación de la tutela; y por analogía, se aplicaba las mismas normas. Ahora, con el nuevo anteproyecto, se usa como figura de referencia la curatela; aplicando por analogía, a la tutela, la misma regulación. Por tanto, en este anteproyecto se introduce una sección que nunca había existido, denominada *Del ejercicio de la curatela*. Esta sección, compuesta por los artículos 280-288 introduce ciertas novedades, que analizaremos a continuación.

El artículo 280 establece lo siguiente:

“El curador tomará posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia.

Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.

El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.

El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.”

En primer lugar, podemos observar que el antiguo Secretario judicial, pasa a denominarse aquí, Letrado de la Administración de justicia. Esto se trata simplemente de un cambio en la terminología, ya que, en 2015, los secretarios judiciales pasaron a denominarse Letrados de la Administración de Justicia.

Resulta relevante destacar los siguientes párrafos. Se predica la necesidad de un contacto constante y eficiente, del curador con su curatelado. Se pretende dotar a la persona necesitada de apoyo de la mejor protección posible, respetando siempre y en todo caso su “*voluntad, deseos y preferencias*”. La principal función del curador es que la persona pueda tomar sus decisiones de la manera más autónoma posible ,y con el menor nivel de asistencia.

Sin ninguna variación respecto a nuestro actual CC, se nombrará un defensor judicial en aquellos casos en los que el curador se encuentre impedido para ejercer sus funciones; o

cuando exista conflicto de intereses entre este y el curatelado, tal y como establece el artículo 281. Si bien, si que se introduce la novedad, de que la persona necesitada de apoyo, pueda opinar en el momento en que se fuera a nombrar el defensor judicial; teniendo en cuenta su voluntad para proceder al nombramiento de éste.

Asimismo, y tal y como se establece en nuestro CC respecto del tutor, se podrá exigir al curador la constitución de fianza (art. 282). Además, cuando el curador goce de facultades representativas, tendrá la obligación de hacer inventario de la persona a la que asista (art 283).

De acuerdo con el artículo 285, los casos para los que el curador, con funciones de representación, necesita autorización judicial se mantienen casi intactos. Sin embargo, se introduce otra situación en la cual el curador se vería obligado a pedir autorización judicial; y esta es: cuando vaya a realizar actos *de trascendencia personal y familiar, porque el afectado no pueda hacerlo por sí mismo*. Este artículo, proyecta en cierta forma, la esencia de la institución, y por tanto, podemos considerar esta inclusión como coherente y correcta.

Por otro lado, Se suprime la posibilidad de oír al Ministerio Fiscal y a la persona necesitada de apoyo, antes de dar autorización al curador para realizar cualquiera de los actos establecidos en el artículo 271 CC.

Y para acabar con el análisis de esta figura, decir que el nuevo anteproyecto establece como causas para la extinción de la curatela, la muerte o declaración de fallecimiento de la persona afectada; o la resolución judicial que exprese que ya no es precisa dicha medida de apoyo. (art 289).

El resto de la regulación concerniente a la extinción, se mantiene de igual forma que en el CC actual.

4.3 Guardador de hecho

4.3.1 Código Civil

Hay ocasiones, en las que el menor o incapacitado, es representado o protegido de hecho por una persona distinta de aquella que tiene la patria potestad sobre ellos.⁵⁴ Esta situación nunca estuvo regulada como tal en el Código Civil, hasta que, tras la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983, se incorporó la figura de la guarda de hecho a dicho Código, concretamente en los artículos 303, 304 y 306. Como ya hemos dicho, en estos casos, una persona asume por iniciativa propia la tutela o defensa de un incapaz o un menor.⁵⁵

Ni en el propio CC nos encontraremos con un concepto claro y conciso de en que consiste la guarda de hecho, ni de los supuestos en los que esta será constituida. Tal y como expone el autor Carlos Lasarte.

La regulación acerca de esta figura, se limita a tomar nota de la existencia de la figura, contemplar la posibilidad de declaración de desamparo cuando se den los presupuestos objetivos de la falta de asistencia, [...] declarar la validez de los actos realizados por el guardador de hecho y declarar que se podría aplicar el artículo 220 previsto para los tutores. La doctrina ha atribuido desproporcionada importancia a tales artículos, los cuales son de escasísima aplicación jurisprudencial, lo cual se debe a que la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente, que a su vez, suelen ser los más

⁵⁴ García Presas, I., “El Derecho de familia...” cit. pp. 252.

⁵⁵ Ibidem pp. 253-256.

*generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generarán las situaciones de guarda de hecho*⁵⁶

Tal y como afirma este autor, es vaga la regulación acerca de esta figura, careciendo ésta de una definición concreta de la guarda de hecho. Sin embargo, si que podemos encontrarnos con algunos autores que han definido este concepto. Así, en palabras de DIEZ- PICAZO y GULLÓN:

*Se constituirá la guarda de hecho en aquellas situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda en su más extenso significado de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación*⁵⁷.

Adentrándonos en el Código Civil, y conforme al artículo 303, la autoridad judicial, en caso de tener conocimiento de la existencia de una guarda de hecho, podrá exigir a dicho guardador, “*que le informe de la situación del menor y de sus bienes o de aquella persona que estuviera necesitada de apoyo y protección; pudiendo establecer en su caso las medidas de control y vigilancia que considerara oportunas*”. Además, siguiendo el apartado segundo de este artículo, se podrán conceder funciones tutelares al guardador, en caso de que la situación de guarda de hecho se mantuviera en el tiempo, y hasta que la medida necesaria fuera implementada.

En cuanto a la validez o nulidad de los actos realizados por el guardador de hecho en representación del menor o incapaz, se pronuncia el artículo 304 del Código Civil.⁵⁸ Este

⁵⁶ Lasarte, C., “Capacidad, discapacidad y cargos tuitivos “. *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Marcial Pons. 2017. pp. 210- 211

⁵⁷ Diez- Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volúmen IV, Tomo I, Tecnos, 2012, pp. 281

⁵⁸ Diez- Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil...* cit. pp. 282

afirma, que estos actos o negocios serán válidos siempre y cuando se hubieran realizado en beneficio del menor y para la utilidad de este.

Por último, el artículo 306 establece el mismo mecanismo de resarcimiento de daños y perjuicios del tutor, para el guardador de hecho⁵⁹.

Por último, aunque, como ya hemos mencionado anteriormente, no podemos encontrar en el Código civil aquellos supuestos que podrían dar lugar a la constitución de una posible guarda de hecho; la doctrina si que ha establecido algunos de estos supuestos. Así, Cuando alguien, careciendo de potestad legal sobre persona discapacitada o un menor, ejerciera alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio; cuando estuviesen ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; o cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él; se admitirá la guarda de hecho.⁶⁰

4.3.2 Anteproyecto

La figura de la guarda de hecho, tal y como apuntábamos previamente, se encuentra insuficientemente regulada en nuestro CC. El nuevo anteproyecto se encarga de establecer una regulación más amplia y clara acerca de esta figura.

⁵⁹ Moreno Quesada, B., *El curador, el defensor judicial...*” cit. pp.305.

⁶⁰ Serrano Molina, A., *Tema 10: La patria potestad y otras instituciones de protección para menores de edad y de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente*, Universidad Pontificia de Comillas – Departamento de Derecho Privado, 2018 (Apuntes sin publicar).

Antes de empezar a analizar esta nueva regulación, hay que destacar, que el nuevo anteproyecto, establece una separación entre la guarda de hecho de menores y la guarda de hecho de discapacitados; que en nuestro CC aparecen reguladas indistintamente.

Así, siguiendo el orden del anteproyecto, comenzaremos analizando la guarda de hecho de menores. Se mantiene la regulación existente en nuestro CC para la guarda de hecho en general, para este tipo concreto de guarda; añadiendo una serie de artículos, que se incluirán en la regulación de la guarda de hecho de los discapacitados, pero que se aplicarán por analogía a la guarda de hecho de menores. Así lo establece el artículo 237: “*Serán aplicables a la guarda de hecho del menor las reglas contenidas en los artículos 262 y 264*”. El análisis de estos dos artículos lo llevaremos a cabo a continuación.

Pero además de la inclusión de este artículo, se suprimirán los otros dos. Sin embargo, no podemos apreciar gran cambio, ya que el actual artículo 306, que hacía remisión a la figura del tutor para regular la posible responsabilidad de la persona sometida a la guarda de hecho, pasará a ser el nuevo artículo 237; que en vez de hacer remisión a la figura del tutor, hará remisión al artículo 264, que establece la responsabilidad del guardado incapacitado; y que por analogía, se aplicará también al guardado menor de edad. Es decir, el artículo 306; al igual que el artículo 304 desaparecen, pero serán sustituidos por otros.

Como ya hemos dicho, la regulación de la guarda de hecho de las personas con discapacidad, si que sufre una mayor modificación, introduciendo el anteproyecto un nuevo artículo que antes no existía. Este artículo es el 261 ACC, que establece lo siguiente:

Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.

Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá

realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

De esta artículo, y tal y como establece PERREÑA VICENTE podemos extraer que guardador de hecho, no tiene derecho a ejercer sus funciones automáticamente, es decir “carece de legitimación para actuar en el tráfico jurídico en representación de la persona⁶¹”. Es por esto, que el guardador de hecho, en su desempeño normal del cargo, solo podrá llevar a cabo actos “de carácter personal y de cuidado y asistencia necesarios y, tratándose de actos de carácter patrimonial, se incluyen los actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada⁶²”. Sin embargo, no podrá llevar a cabo

⁶¹ Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho...” cit. pp. 76.

⁶² Ídem.

actos de disposición, ya que según este artículo, el guardador no tendrá permiso para realizar estos, aunque hubiera recibido una autorización judicial.

Además, tal y como afirma PEREÑA VICENTE, lo que se echa en falta en este artículo, es que no se establece la obligación para el juez ni para el guardador, de “*tener en cuenta, en la medida que sea posible, la voluntad y preferencias presentes y pretéritas de la persona guardada*”⁶³.

Como ya hemos mencionado anteriormente, también nos encontramos para regular esta figura con los artículos 262 y 264 ACC, que se aplicarán también a la guarda de hecho de menores.

Pero, es importante destacar también, la inclusión de dos artículos más, aparte del artículo 261, que se aplicarán a este tipo de guarda de hecho. Se trata de los artículos 263 y 265.

El artículo 263 ACC, establece la posibilidad de requerimiento al guardador, en cualquier momento y por parte del juez, de un informe en el que éste notifique de las actuaciones que vaya llevando a cabo. En el expediente de jurisdicción voluntaria que conduce el requerimiento, se establecerán también las salvaguardias que se consideren necesarias. El juez, consciente de los riesgos que el ejercicio de esta figura puede conllevar, teniendo en cuenta que nace sin ningún tipo de solemnidad, y por tanto, sin ninguna clase de “*medidas innatas de vigilancia y control*”⁶⁴, introduce de forma muy coherente esta medida de control.

⁶³ Ibidem pp.77

⁶⁴ Perreña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho ...” cit. pp.78-79

Por último, el artículo 265, afirma que la guarda de hecho se extinguirá en cuatro supuestos concretos:

1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.

3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública a la que se refiere el artículo 253.

4.º Cuando, a solicitud de Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

4.4 Defensor judicial

4.4.1 Código Civil

La figura del defensor judicial es el tercero de los cargos tuitivos que regula el CC en su artículo 215 del Código Civil. Esta institución, fue también fruto de reforma en 1983, a partir de la cual pasó a estar regulada unitariamente. Hasta ese momento, el código civil regulaba una serie de supuestos sin un denominador común.⁶⁵

La principal característica de esta institución es su carácter esporádico, en comparación con el resto de figuras, caracterizadas por su continuidad temporal; y además, la

⁶⁵ Díez- Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil...* cit. pp.301

constitución de esta figura no excluye la constitución del resto de mecanismos tutelares, es decir, son completamente compatibles.⁶⁶

Aparece ésta regulada en el artículo 299 del Código Civil, en el cual se establecen los supuestos en los cuales se procederá al nombramiento del defensor judicial. Estos son: en caso de que se produzca un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o curadores; en caso de que el tutor o curador no desempeñara correctamente sus funciones, por cualquier causa hasta que cese la misma o hasta que se designe a otra persona; y por último, en los demás casos previstos en el Código Civil, que se encuentran en el artículo 163 CC y 181 CC.⁶⁷

Posteriormente, en cuanto al nombramiento del defensor judicial, el artículo 300 establece que este se realizará a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor, o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio; y se nombrará defensor a aquel que resulte mas idóneo para el cargo.

Por último, según los artículos 301 y 302 del CC, se aplicarán al defensor las causas de inhabilidad y exclusión de los tutores y curadores, y este gozará solo de las atribuciones que se le hubieran concedido, debiendo siempre rendir cuentas acerca de sus actuaciones.

4.4.2 Anteproyecto

De la misma forma que ocurre con la figura de la guarda de hecho, en lo que se refiere a la figura del defensor judicial, el nuevo anteproyecto también establece una regulación separada para esta institución, dependiendo de sus/atendiendo a sus destinatarios. Es

⁶⁶ Mondéjar Peña, M. I., “La patria potestad en la ley orgánica de protección al niño, niña y adolescente” en Lasarte, C. (coord.), *Patria potestad, Guarda y Custodia*, Vol. I, Congreso IDADFE, Madrid, 2011, Tecnos, S.A., pp. 93

⁶⁷ *Ibidem* pp. 94.

decir, habrá un capítulo dedicado exclusivamente a la defensa judicial del menor, y otro dedicado a la defensa judicial del discapacitado.

Sin embargo, las regulaciones de estas “dos” figuras, no presentan apenas diferencias; es más, el artículo 235 ACC establece que “*serán aplicables al defensor judicial del menor las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad*”.

Los casos para los que se prevé el nombramiento del defensor judicial del menor, se mantienen casi en su integridad. Según el artículo 234 ACC, se nombrará un defensor judicial en el caso de que exista un conflicto de intereses entre menores y las personas encargadas de su representación legal, “*salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo*”; así como cuando “*el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese causa determinante o se designe a otra persona*”.

Pero, además, el anteproyecto añade otro caso más para el cual se nombrará un defensor judicial. Para determinados actos, establecidos en los artículos 246 y 247 ACC, los menores emancipados necesitan generalmente el consentimiento de sus progenitores. Sin embargo, estos artículos estipulan que, a falta de estos, se nombrará un defensor judicial, que podrá prestar consentimiento si lo estima conveniente.

Artículo 246.

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, el de su defensor judicial;

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

Artículo 247

Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro.

Como ya hemos mencionado, en lo que respecta al ejercicio de este cargo, atenderemos a los criterios establecidos para el defensor judicial de las personas con discapacidad.

Para conocer la regulación del defensor judicial de las personas con discapacidad, recurriremos a los artículos 293, 294, 295 y 296 del ACC. Sin diferencia con respecto a la regulación actual se nombrará éste, atendiendo al artículo 293 ACC, en primer lugar, en caso de que exista conflicto de intereses entre la persona necesitada de apoyo y aquella que deba de prestar dicho apoyo. Además, será necesaria esta figura en el caso de que la persona encargada de prestar la asistencia necesaria no pudiera hacerlo, *“hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona”*. Sin embargo, el nuevo anteproyecto establece dos causas más para las cuales se entiende necesario el nombramiento de un defensor, y estas son: en primer lugar, *“cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente”* y, en segundo lugar, *“cuando durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario”*.

En lo que se refiere a las causas de inhabilidad, excusa y remoción; el ACC establece en su artículo 295, de la misma forma que el CC actual, que se aplicarán al defensor judicial las causas establecidas para los curadores.

Se introducen además, en este anteproyecto, dos nuevos artículos.

El artículo 294 ACC establece un límite negativo al ejercicio del defensor judicial, y este consiste en que no será nombrado un defensor judicial cuando, del apoyo en cuestión, se haya encargado a más de una persona, *“salvo que ninguna pueda actuar”*

En segundo lugar, el artículo 296 ACC estipula que *“En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo,*

y de la aprobación judicial posterior de los actos cuando, con carácter general, estén previstos dichos requisitos”.

Por otra parte, podemos apreciar en el anteproyecto, una supresión de dos artículos que se encuentran en nuestra regulación actual. Se trata de los artículos 299 bis y 300 CC.

El artículo 299 CC, establece la designación de un defensor judicial para la administración de los bienes, para aquellos casos en los que, el Ministerio Fiscal haya asumido la representación y defensa personal de aquel que debiera de ser sometido a tutela o curatela, pero sobre las cuales no hubiere recaído sentencia judicial. por razón de no haber finalizado todavía el procedimiento de nombramiento;

El artículo 300 CC estipula que: *“En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo”.*

5. CONCLUSIONES

Tras haber llevado a cabo una comparación detallada de la regulación de las instituciones de protección enunciadas en el Código Civil, y la regulación de estas instituciones que predica el nuevo anteproyecto, cabe formular las siguientes conclusiones:

1. La preocupación porque los grupos más vulnerables, menores y discapacitados, gocen de la correcta protección jurídica que les corresponde por ley, ha ido incrementando a lo largo del siglo XX. Así, en 1989 se aprobó *la Convención sobre los derechos del niño*, y el en 2006 de aprobó *la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*; las cuales produjeron un importante cambio en el enfoque social de estos dos grupos de personas, fomentando así, una revisión en las instituciones de protección del Código Civil.
2. Centrándonos en la discapacidad, la aprobación de la Convención exige la adaptación del sistema español y la necesaria actualización en materia de protección. Y así, en 2018 se redacta un Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad por la sección de lo civil de la comisión general de codificación.
3. El nuevo anteproyecto modifica totalmente la sistematización de los medios de protección del Código Civil. Para ello, establece una regulación totalmente separada, de las instituciones de protección de los menores de edad, para los cuales el principal medio de protección será la patria potestad, y sustitutivamente la tutela; y las instituciones de protección de las personas con discapacidad, que necesitan determinados apoyos para ejercitar correctamente su capacidad jurídica, y cuya institución fundamental de protección pasará a ser la curatela.
4. La curatela es la institución que más modificaciones sufre en este anteproyecto, que quedará establecida como la “*institución básica de apoyo, de naturaleza asistencial*”. Esta figura será sometida a una regulación más extensa, y el anteproyecto la dota de nuevo contenido, pasando de ser una institución subsidiaria o complementaria, a ser una institución protagonista en nuestro Código Civil, al ser el principal medio de protección del que disponen las personas

con discapacidad. De esta forma, se prescinde para la protección de los discapacitados, no solo la figura de la tutela, sino también la potestad prorrogada y rehabilitada; dudando de la idoneidad de la figura de los padres para promover que el hijo con discapacidad pueda vivir de la forma más independiente posible.

5. En lo que respecta a la guarda de hecho, el anteproyecto trata de establecer una regulación más extensa y con cierta formalidad, mientras que en el CC actual apenas aparece regulada. Se produce un cambio en la perspectiva de esta figura, que pasará a ser una “*verdadera institución jurídica de apoyo*”.
6. Este anteproyecto se basa, a mi juicio correctamente, en procurar dotar de la máxima autonomía posible a las personas con discapacidad y adaptar su protección lo máximo posible a sus circunstancias personales, que deberá de ejercerse de manera proporcional a las necesidades de cada uno. Además, procura respetar siempre la “*voluntad, deseos y preferencias*” de la persona con discapacidad; y trata de evitar la sobre protección a la que estas podrían ser sometidas.

6. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y MANUALES

Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de familia IV*, Edisofer, Madrid, 2009.

Cano Tello, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984.

Corral Beneyto, R., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español”, *El notario del siglo XXI*, núm.48, 2013.

De Couto Gálvez, R.M., “Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho” en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Navarra, 2016.

Diez- Picazo, L., “Notas sobre la institución tutelar” en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

Diez- Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volúmen IV, Tomo I, Tecnos, 2012.

Flores Martos, R., Graus, M., y Gómez González, E. “Formación profesional y transición al empleo de los jóvenes con discapacidad”, *Equipo de Investigación Sociológica*. Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2003 (disponible en <http://sid.usal.es/idocs/f8/fdo6523/fptransicionesempleopcd.pdf>; última consulta 4/03/2019).

García Alguacil, M.A., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016.

García Presas, I., “El Derecho de familia en España desde las últimas reformas del Código Civil”, Universidad de A Coruña.

Gil, I., “Qué es la discapacidad. Concepto y evolución histórica”, *Fundación Addeco*, (disponible en <https://fundacionaddeco.org/blog/blog/que-es-la-discapacidad-evolucion-historica/>, última consulta 7/04/2019)

Lasarte, C., *Parte General y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2017

Lasarte, C., “Capacidad, discapacidad y cargos tuitivos “. *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Marcial Pons. 2017.

Magariños Blanco, V., “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad” , *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Mondéjar Peña, M. I., “La patria potestad en la ley orgánica de protección al niño, niña y adolescente” en Lasarte, C. (coord.), *Patria potestad, Guarda y Custodia*, Vol. I, Tecnos, Congreso IDADFE, Madrid, 2011.

Moreno Quesada, B., *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP, 1985.

Pallarés Neila, J., “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Pereña Vicente, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley” , *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

Ravetllat Ballesté , I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 97

Sancho, F., “Tutela e instituciones afines” en Lacruz, J. L. et al., *El nuevo régimen de la familia*, vol. III, Madrid, 1984.

Serrano Molina, A., *La remoción del tutor*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

Serrano Molina, A., *Tema 10: La patria potestad y otras instituciones de protección para menores de edad y de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente*, Universidad Pontificia de Comillas – Departamento de Derecho Privado, 2016. (Apuntes sin publicar)

Urbón Llaca, A., “Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos”, *Zarraluqui* (disponible en <http://www.zarraluqui.net/articulos/225-distintos-tipos-de-guardia-y-custodia-y-requisitos-jurisprudenciales-del-tribunal-supremo-para-conseguirlos>, última consulta 7/04/2019).

Vivas Tesón, I., “Tutela y curatela”, Universidad de Sevilla, Sevilla (disponible en <http://personal.us.es/ivivas/tutelaycuratela.pdf>; última consulta 25/03/2019)

Wills Rivera, L., “La patria potestad en la ley orgánica de protección al niño, niña y adolescente” en Lasarte, C. (coord.), *Patria potestad, Guarda y Custodia.*, Vol. I, Tecnos, Congreso IDADFE, Madrid, 2011.

LEGISLACIÓN

Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3.

Constitución Española

Código Civil, 1889

Exposición de motivos del Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de julio-septiembre de 2018. *Revista de Derecho Civil*. vol. V, núm. 3.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. (BOE 26 octubre de 1983)

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 3 de agosto de 2011).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal* (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo, de la sala primera de lo Civil, de 24 de abril 415/2000 relativa a la privación de la patria potestad.