

NOTAS SOBRE EL SISTEMA DE TUTELA “JUDICIAL”, EN LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE

MIGUEL COCA PAYERAS

SUMARIO: INTRODUCCION. 1. EL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL O “DE AUTORIDAD”, DESIDERATUM DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA. 1.1. La “Memoria-Exposición” del Proyecto de reforma presentado por el Gobierno en la Iª Legislatura. 1.2. La “Exposición” del Proyecto presentado por el Gobierno en la IIª Legislatura. 2. EL SISTEMA DE TUTELA DE “FAMILIA”, DEROGADO. 2.1. La situación de primacía del Consejo de familia 2.1.1. Antes de la constitución. A) En la tutela testamentaria. B) En la tutela “legítima”. 2.1.2. Una vez constituida la tutela. A) Respecto del tutor. B) Respecto del protutor. C) Respecto de ambos cargos (tutor y protutor). 2.2. Funciones atribuidas al Juez. 2.2.1. Su posición, como órgano provisional de guarda. A) Autoerigiéndose en tal órgano provisional. B) Nombrando un defensor. 2.2.2. Actuación en relación al Consejo de familia. A) En su constitución. B) En relación a las decisiones que tomase aquel órgano. 2.2.3. Otras funciones puntuales. A) En el nombramiento del tutor. B) En la declaración de incapacidad. C) En la enajenación, por el cónyuge del declarado pródigo, de bienes de éste. D) Examen anual del Registro de tutelas. 3. EL SISTEMA DE TUTELA “JUDICIAL” INSTAURADO POR LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 24 OCTUBRE 1983. 3.1. El Juez, en la declaración de incapacitación. 3.1.1. Antes de iniciarse el procedimiento. A) Promoviendo. B) Tomando “medidas necesarias”. 3.1.2. Constante el procedimiento. A) Nombramiento de defensor. B) Elección de medios de convicción. C) Medidas de protección del presunto incapaz. 3.1.3. En la sentencia que declara la incapacidad. A) Extensión y límites de la incapacitación. B) Régimen de guarda. 3.2. Actuación judicial en el internamiento de un presunto incapaz. 3.2.1. Antes del internamiento. 3.2.2. Tras el ingreso en el establecimiento. 3.3. Actuación del Juez sobre las instituciones de guarda. 3.3.1. Respecto de la tutela. A) En la constitución de la tutela. B) Tras la constitución de la tutela. C) En el ejercicio de la tutela. D) En la extinción de la tutela. 3.3.2. Respecto de la curatela. A) Determinación de que ese, debe ser el tipo de guarda. B) Determinación del ámbito de actuación del curador. C) Supuesto de curatela precedida de tutela. 3.3.3. Respecto del defensor judicial. A) Nombramiento. Casos. B) Esfera de actuación. 3.3.4. Respecto del guardador de hecho.

INTRODUCCION

Esta "Comunicación", tiene como único punto de destino el ilustrar, a grandes rasgos, el contenido jurídico-positivo del término "tutela judicial", que es uno de los que permite definir el sistema adoptado por el legislador español, en la reforma del Código Civil actuada sobre la materia que nos ocupa estos días en Lleida. La reforma, ha supuesto un vuelco mas que regular en los planteamientos legales antecedentes que, como todos sabemos, seguían el sistema francés denominado "de familia". La mutación de sistema aparece plasmada tanto en el texto legal aprobado definitivamente a finales del pasado año, como en las propias palabras que los promotores de la reforma dedicaron reiteradamente a su conceputación. Por lo dicho, he creído que un correcto método de trabajo es el de comenzar sacando a la palestra esos confesados deseos del legislador, para a continuación bosquejar el sistema derogado (siempre, claro es, desde la reducida óptica en que por hipótesis de partida se va a mover el estudio), y de esta forma tener un sólido punto de referencia para detenernos, con algo de más atención, en el sistema vigente.

1. EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL" O "DE AUTORIDAD", DESIDERATUM DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA

1.1. La "Memoria-Exposición" del Proyecto de reforma, presentado por el Gobierno en la Iª Legislatura.

Es notorio que el *iter* modificativo de los preceptos del Código Civil en materia de tutela o guarda, arranca en su historia reciente en el Proyecto de Ley presentado al Legislativo, al Congreso de los Diputados, en la Iª Legislatura, el 24 de junio de 1981 (aunque, el Proyecto llevaba fecha de 9 de junio), por el Gobierno de entonces, al que para abreviar llamaré desde este momento *Proyecto de U.C.D.*

El articulado del proyectado texto legal iba precedido de una "Memoria-Exposición de Motivos", en la que se comienza poniendo en tela de juicio la oportunidad, y sobre todo la eficacia, de la normativa vigente a la sazón cuyos pilares estaban formados por una serie de "principios", de los que se citaban "el de la unidad de guarda legal y el del llamado sistema de familia...; por el segundo, se organizó el Consejo de familia como pieza esencial del nuevo y unificado, aunque complejo, organismo tutelar. Ambas importantes innovaciones, como las demás que el articulado incorporó a nuestro ordenamiento, eran bien intenciona-

das y coincidían con tendencias a la sazón perceptibles en las legislaciones latinas” (1). Tras lo cual, y haciéndose eco de una creencia unánime en la doctrina civilística del momento, se lamentaba: “La aplicación de este régimen legal, sin embargo, ha constituido en la práctica, a través de sus casi cien años de vigencia, un fracaso...”; entre otras causas, porque “en cuanto al sistema de tutela de familia, la realidad del funcionamiento del Consejo de familia ha sido en todo tiempo muy pobre, constituyendo hoy un hecho notorio e indiscutido su ineficacia real en la mayoría de los casos y aun su completa falta de actuación en no pocos” (2).

A estas motivaciones, deben adicionarse, según la “Memoria-Exposición de Motivos”, otras de igual importancia que hacían necesaria la reforma, y que resumiría en tres:

1ª) La inadecuación de las normas anteriores a la realidad social, y particularmente de la familia española en proceso de reducción en sus integrantes (familia nuclear) y de democratización en sus relaciones (3).

2ª) La discordancia con el derecho comparado, en el que se ha ido imponiendo el sistema de tutela judicial, o mejor, de autoridad (4).

3ª) La necesidad de adaptar y concordar esa parte del Código, con la reforma que en materia de filiación y patria potestad había operado la Ley 11/1981 de 13 de mayo (5).

(1) Cfr., en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I, pág. 1401.

(2) Lug. cit. en nota anterior, pág. 1401-1402.

(3) Lug. cit. en nota anterior, pág. 1402, en donde leemos: “La inadecuación de las normas a la realidad social, tempranamente observadas —como lo demuestran las críticas que pronto se formularon a la normativa desde la doctrina civil— se fue acentuando, por otra parte, con el transcurso del tiempo en función de la evolución de la familia española, que, como la de otros países, ha acusado, entre otros fenómenos, un sensible estrechamiento —al pasarse progresivamente de la familia patriarcal a la conyugal o nuclear— y una considerable democratización al sustituirse lentamente las relaciones de autoridad por las de reciprocidad”.

(4) Lug. cit. antes, pág. 1402: “Junto a este desfase entre el Código Civil y la realidad social en tema de tutela se ha producido también un alejamiento entre aquél y el derecho comparado, cuyas tendencias se orientan hoy hacia el sistema tutelar llamado de autoridad, caracterizado por una mayor intervención del Estado a través de autoridades judiciales u órganos de la Administración, para mejor vigilar y asegurar el funcionamiento de la tutela”.

(5) Lug. cit. antes, pág. 1402: “... la reforma del Derecho de familia recién llevada a cabo en el Derecho español —que tan trascendentes modificaciones he hecho en el articulado del Código— hace necesaria e inaplazable la reforma del sistema tutelar para otorgarle la debida concordancia con las nuevas normas regidoras de las instituciones familiares y de modo especial con las que han venido a regular la filiación y la patria potestad”.

Visto lo cual, se finalizaba concluyendo que entre los principios básicos incorporados al Proyecto se hallaba el de “tutela judicial”, por el que “se centran en la Autoridad judicial los poderes para la constitución, vigilancia y extinción de los organismos tutelares (6). Advierta el lector, la carencia de alusiones al texto constitucional, por contra a lo que es común a las reformas operadas en el Código civil desde el año 1978. Y ello, es así, porque la reforma de la tutela, globalmente entendida, no era una exigencia constitucional. Tan acorde con ella podía serlo un sistema de “tutela de familia”, como el de “tutela judicial”. De ahí que no se buscasen razones de esta índole en la justificación del *Proyecto*.

El que ese Proyecto de U.C.D., en lugar de acabar convirtiéndose en Ley como era su destino, no pasara de esa condición de proyecto, no le resta interés para el estudioso. La trascendencia del reiteradamente citado proyecto, y por ende de su “Memoria-Exposición de Motivos”, queda sólo levemente empañada por la circunstancia de que el fin de la Legislatura impidiera su promulgación, a pesar de haber sido aprobado tanto en el Congreso como en el Senado (7). Y digo que su trascendencia es sustancial, porque el Proyecto de Ley que, siendo presentado al Congreso por el Gobierno en la IIª Legislatura el 27 de enero de 1983, desembocó en la Ley de 24 de octubre 1983, con ofrecer algunas variaciones respecto de su antecesor —cuya enunciación nos apartaría ahora del objetivo propuesto— puede decirse, sin rubor, que era sustancialmente idéntico (8).

1.2. La “Exposición” del Proyecto presentado por el Gobierno en la IIª Legislatura

Este Proyecto, al que abreviadamente llamaré *Proyecto del P.S.O.E.*, mantiene fielmente el sistema de tutela “de autoridad”, y particularmente de “autoridad judicial”. Para cerciorarse de ello es suficiente con echar una ojeada a la “Exposición” que sirve de pórtico al proyecto. En ella, que por otra parte no recibe el calificativo de “Exposición” ni otro alguno, la sinonimia se llevó hasta el punto de no sólo afirmar, en esencia,

(6) Lug. reiteradamente citado, pág. 1402.

(7) Cfr. el texto definitivamente “congelado” en las Cámaras, en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. I Legislatura, Serie II, Núm. 258 (f).

(8) Pone de relieve esta similitud, junto a alguna diferencia, como la de las “causas de incapacidad” que elencaba el art. 200 del Proyecto, GETE-ALONSO, Mª del Carmen, en “La incapacitación”, págs. 8 y 9 (Ejemplar mecanografiado de la Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma. De próxima publicación en la Rev. Jur. Cat.).

lo mismo que en el *Proyecto U.C.D.*, sino inclusive ordenar las ideas con parecida estructura. Al principio, se declara la ineficacia e insuficiencia del sistema de tutela de familia en la legislación española: “se ha revelado, tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente. Su pieza básica —el Consejo de familia— apenas ha funcionado en la práctica, como es notorio, con el consiguiente grave perjuicio para las personas sometidas a tutela, que sufieron en su mayoría los negativos efectos de la negligencia o inhibición de los parientes” (9). Más adelante, y como justificación de la reforma, la trilogía enunciada en el anterior texto es sintetizada, centrando su atención, casi en exclusiva, en lo que antes he catalogado como discordancia respecto del derecho comparado; o, como dice el párrafo ahora comentado, “de las legislaciones modernas”, orientadas “hacia un sistema de autoridad que acentúa la intervención del Estado para garantizar el mejor cumplimiento de la función tutelar en beneficio de los tutelados” (10). Y también ahora, se concluye esta faceta proclamando como uno de los principios fundamentales (junto al de “pluralidad de guarda legal”), el de la “tutela de autoridad, que suprime al Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria”. Idea recalcada nuevamente cuando al hacer balance del proyecto, se autocalifica dentro de las “novedades de alto interés”, el hecho de que “se atribuyen amplísimas facultades al Juez, en todo lo relativo a la constitución, vigilancia y extinción de la tutela y para autorizar al tutor con ocasión de los actos más importantes” (11).

No hay duda, por lo que se ve, sobre cuáles eran las intenciones del legislador de la reforma: articular un sistema de autoridad, de tutela de autoridad judicial, arrumbando el de tutela de familia. Pero, para seguir el plan trazado al principio y con ello facilitar la comprensión de la plasmación concreta, normativa, del nuevo sistema, bueno será delinear antes el derogado.

(9) Cfr. en: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I* (27 enero 1983), pág. 11.

(10) Cfr. lug. cit. en nota anterior, pags. 11 y 12. Detalladamente, éste es el fragmento glosado: “Alejado así de la realidad, y por ende inoperante en la práctica, nuestro sistema se fue distanciando al propio tiempo de las legislaciones modernas. Si varios ordenamientos, en efecto, habían coincidido esencialmente con el nuestro en el enfoque de la regulación de la tutela, como inspirados en el Código de Napoleón, muchos de ellos revisaron ya a lo largo de este siglo sus normas tutelares, orientando las ahora promulgadas hacia un sistema de autoridad que acentúa... El proyecto de ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejores tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior...”.

(11) Lug. cit. pág. 12.

2. EL SISTEMA DE TUTELA DE "FAMILIA", DEROGADO

Una aproximación superficial a los Títulos IX y X del Libro I del C.C. permitía apreciar ya, el sentido de la institución tutelar que recogían. En efecto, mientras que el encabezado del primero era el "De la tutela"; el del segundo, "Del Consejo de familia", era un indicio claro del punto en el que se apoyaba la tutela. Pero es que, además de los 21 artículos del Título X (arts. 293 al 313) dedicados específicamente a aspectos internos de formación y funcionamiento del organismo, éste era directamente aludido en el Título IX en 40 artículos. Es decir, de un total de 115 preceptos dedicados a la tutela (del art. 199 al 313), 61 (más de la mitad) contemplaban en forma directa el Consejo de familia (12). Por contra, aquellos en los que aparecía explicitada alguna actuación del Juez o de los Tribunales sumaban 28 (13). El dato estadístico, se nos puede refutar con razón, no es decisivo pero, en esta aproximación inicialmente tildada de superficial, constituye un indicio significativo o revelador de la dirección en que se escoraba el Código ante la dicotomía tutela judicial-tutela familiar. Para mejor esclarecer este pormenor, debemos adentrarnos en el análisis de cuál era el círculo de actividades previstas legalmente en cabeza del Consejo de familia y cuales otras se reservaban a la actuación judicial.

2.1. La situación de primacía del Consejo de familia

Orillando los preceptos, a los que he aludido antes, y que tratan del régimen interno (arts. 293 al 313), el cuadro general de su actividad se escinde en dos grandes apartados. Común denominador es el de reflejar su situación de primacía respecto de los restantes órganos tutelares: tanto antes como después de la constitución de la guarda.

2.1.1. Antes de la constitución de la tutela: órgano que la defería

En efecto, el art. 204, 3º contemplaba esa posibilidad, especificada en los arts. 231 y 232 (la llamada tutela "dativa"). Esta función de puesta en marcha de la tutela era aleatoria, pues de darse las tutelas "testa-

(12) Eran, a parte de los arts. 293 al 313, los siguientes: 201, 204,3º, 207, 209 últ. párf., 216, 217, 219, 221, 231, 232, 233, 236,3º,4º, y últ. párf., 238,2º, 239, 240, 241, 242, 243, 247, 249,1º y 2º párf., 250, 255, 256, 258,3º, 260,2º, 261, 264,1º, 3º y 5º, 265, 266, 268,1º párf., 269, 270, 271, 274,2º párf., 275,4º, 276,2º párf., 277, 279, 282 y 285,2º párf.

(13) Eran los siguientes artículos: 203, 215, últ. párf., 216, 217, 220,2º, 223, 225,3º, 227,1º, 232, 240, 243,2º párf. *in fine*, 244,4º, 245, 249,1º párf., 255, 276, últ. párf., 279,2º párf., 290,1º, 292, 293, 294, 296, 297, 300, 301, 306, 310.

mentaria" o "legítima" desaparecía esa actuación deferidora. Pero entonces, aparecían otra serie de facultades. Así:

A) En la tutela "testamentaria", el Consejo de familia era quien:

a) En caso de nombramiento testamentario de tutor por quien no era progenitor del sujeto a tutela, el Consejo *ex art.* 207, tenía en sus manos la efectividad del nombramiento, porque "no surtirá efecto hasta que... haya resuelto aceptar la herencia o el legado".

b) Dándose multiplicidad de nombramientos de tutor, realizaba el discernimiento del cargo (*art.* 209 *últ. párf.*).

c) Determinaba la pensión alimenticia del menor o incapacitado, en ausencia de previsión por el testador (*art.* 268).

B) En la tutela "legítima", según se tratara de la que recaía sobre:

a) Dementes o sordomudos. Estaba prevista su actuación como:

— Órgano consultivo antes de que el Juez declarase la incapacidad (*arts.* 216 y 217).

— Órgano que debería autorizar al defensor de los incapaces para recurrir el auto que ponía fin al expediente de incapacidad (*art.* 219).

b) Pródigos. El *art.* 221, 2º párf. *in fine*, hacía factible el que la sentencia determinara ciertos eventos en los que el tutor o el incapacitado deberían consultar al tal Consejo.

2.1.2. Una vez constituida la tutela

La situación de primacía, de órgano clave del sistema tutelar, puede apreciarse si se averiguan cuáles eran sus relaciones con los restantes organismos.

A) Respecto del tutor. El elenco de manifestaciones es amplio. Lo resumo en siete apartados

a) En relación a su obligación de prestar fianza.

1. Le señalaba al tutor la cuantía, y calificaba la fianza que antes de que se le defiriese el cargo debía prestar (*art.* 255).

2. En caso de fianza pignoraticia o hipotecaria, el depósito o la inscripción podía, y debía, ser pedida por cualquier vocal del Consejo (*art.*

258, 3º).

3. El Consejo, era quien decidía si a pesar de tratarse de un tutor testamentario relevado de la obligación de afianzar, debía hacerlo por haber sobrevenido causas ignoradas por el testador (art. 260, 2º).

b) En relación a la obligación de hacer inventario.

El Consejo tomaba determinaciones en una serie de extremos, como el término en que debía hacerse (art. 264, 3º), si debía autorizarlo un Notario o no (art. 265), o si determinados bienes deben estar en poder del tutor o no (art. 266).

c) En relación a la retribución, en los casos tasados del art. 276, 2º párf. era quien la fijaba. (Además, *vide*, el viejo art. 277).

d) Respecto a las obligaciones, en general, del tutor, el Consejo era quien las modulaba. Muestra de lo que decimos, cabe hallarla en las de los números 1º y 3º del art. 264 (alimentos y educación del tutelado; y el ya citado inventario).

e) El tutor estaba, con frecuencia, sometido en su actuación a un régimen de autorizaciones por parte del Consejo de familia. Ejemplos son: los actos recogidos en los arts. 269, 270, 271, 274, 2º párf., 275, 4º, sobre los que se pronuncia el art. 264, 5º, calificando la solicitud de autorización de obligación del tutor.

f) El tutor era “vigilado” por el Consejo (art. 201).

g) Para concluir, esa supremacía se manifestaba en el instante de la rendición de cuentas, que debía ser llevada a término por el tutor también ante el Consejo, según se desprendía de los arts. 279, 282 y 285, 2º párf.

B) Respecto del protutor. Las manifestaciones se escalonan en este caso en una cuadruple partición

a) A falta de designación previa, era el Consejo de familia quien nombraba al protutor (art. 233).

b) Era quien recibía las comunicaciones del protutor, relativas a la actuación del tutor (arts. 236, 3º y 4º).

c) Carecía de derecho de voto en las deliberaciones del Consejo de familia, ex art. 236 últ. párf.

d) En tanto se constituyera la fianza, el protutor debía administrar los bienes del menor o incapacitado, realizando los actos que el Consejo estimara indispensables (art. 256).

C) Respecto de ambos cargos (tutor y protutor), las manifestaciones eran:

a) Era precisamente el Consejo de familia el encargado de poner en posesión de su cargo tanto al tutor como al protutor (art. 261).

b) En lo tocante a las excusas de la tutela y protutela, resultaba que:

1. Para que deviniera eficaz la alegación de la causa debía hacerse ante el Consejo (art. 247).

2. El Consejo, resolvía las alegaciones de aquellas excusas (art. 249).

3. Era ese mismo órgano quien podía nombrar un sustituto mientras durase el juicio de excusa (art. 250).

2.2. Funciones atribuidas al Juez

Hasta aquí he intentado resumir el cuadro de actuación del Consejo de familia en la legislación derogada, del que se desprende su carácter de basamento de aquel sistema tutelar o de guarda. Pero, no debe silenciarse que junto a este órgano coexistía, en aquella normativa, la figura del Juez del que se preveía distintas actuaciones. Estas, ya hemos visto que cuantitativamente eran inferiores a las del Consejo. Ahora, constataremos la misma circunstancia desde la perspectiva cualitativa, apareciéndonos como marginal, externa al mecanismo tutelar, su función.

Destacaban dos funciones, junto a otras puntuales y de menor alcance. Las primeras eran: ser un órgano provisional de guarda, y actuar en relación al Consejo de familia.

2.2.1. Su posición, como órgano provisional de guarda

Los preceptos del Código de donde cabía obtener esa conclusión, aludían al Juez tanto:

A) Erigiéndose, él mismo, en ese órgano provisional: supuestos de los arts. 203 y 301 (antes, y tras la constitución del Consejo de familia).

B) Nombrando un defensor, lo que podía suceder tanto en el proceso de incapacitación de los locos y sordomudos (art. 215, últ. párf.), como en el de los pródigos (art. 223).

2.2.2. *Actuación en relación al Consejo de familia.*

Una vez más, en aras a la claridad expositiva he subdividido esa actuación según tenga lugar antes o después de la constitución del Consejo.

A) *En su constitución, el Juez:*

a) Debía poner en funcionamiento el proceso de constitución de la tutela, de tener noticias de la existencia de un menor o incapaz (art. 293). Su omisión originaba, según el art. 232, responsabilidad.

b) En el nombramiento de miembros de ese Consejo, sus facultades eran escasas, condicionadas por la falta de nombramiento testamentario o de las personas designadas legalmente... (arts. 294 y 297).

c) Presidía la junta de formación, teniendo unas facultades disciplinarias mínimas (art. 300), incluso una vez ya constituido (art. 306).

d) Subsanación de errores en la formación del Consejo... (art. 296).

B) *En relación a las decisiones que tomase aquel órgano*

Su implicación tenía lugar, básicamente en dos polos: en ocasiones, aprobándolas, y en otras (la mayoría) siendo el órgano o la instancia ante el que podían recurrirse aquellas.

a) La aprobación del Juez era necesaria cuando el Consejo tomaba decisiones para proveer a los cuidados de la tutela, por causa de haber sido declarado incapaz o removido de su cargo el tutor (art. 243, 2º párf.). Esta exigencia de aprobación judicial de una decisión del Consejo tenía, según vemos, un marcado carácter excepcional.

b) Como instancia ante la que se recurrían los acuerdos del Consejo de familia, tenía un juego mucho mayor. Citemos, las decisiones relativas a:

1. Declaración de incapacidad o remoción del tutor (art. 240).
2. Desestimación de excusas de la tutela (art. 249, 1º párf.).
3. Señalando la cuantía o calificando la fianza (art. 255).
4. Fijando la retribución del tutor (art. 276 últ. párf.).
5. Decisiones, en general, de darse los presupuestos fijados en el art.

2.2.3. Otras funciones puntuales

He hallado cuatro. A saber:

A) En el nombramiento del tutor, sus facultades estaban encorsetadas, tanto en la tutela de los locos y sordomudos (art. 220, 2º), como en la de los pródigos (art. 227, 1º), dado que las podía actuar sobre un círculo de personas predeterminado legalmente.

B) En la declaración de incapacidad, ex art. 216, debía examinar por sí al presunto incapaz.

C) Debía autorizar la enajenación, por el cónyuge del declarado pródigo, de los bienes de éste que enumeraba el art. 225, 3º.

D) El examen anual del Registro de tutelas (art. 292).

3. EL SISTEMA DE TUTELA "JUDICIAL", INSTAURADO POR LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 24 DE OCTUBRE DE 1983

Si, a la manera en que hemos hecho con el sistema tutelar derogado, intentamos una aproximación panorámica, y por tanto superficial, a la nueva regulación, comprobaremos de entrada una reducción del número de artículos. Son ahora 109 los que existen con contenido (frente a los 115 de antes); esto es, del art. 199 al art. 306, excluyendo el art. 305 que aparece vacío, e incluyendo en el cómputo dos bisados (el 237 bis y el 299 bis). Esta panorámica, refleja el escaso cuidado con que se ha operado desde la óptica de la técnica legislativa. Primeramente, porque el bisado de artículos es un recurso que evidencia poco cuidado por la racional presentación del Código, que por sus "canas" seguramente merecía un mayor respeto por parte del legislador. Y más si se tiene en cuenta que uno de los bises (el art. 299 bis), ya aparecía así en el Proyecto que el P.S.O.E. presentó al Congreso. Y lo que hace injustificable este modo de legislar es que, paradójicamente, quedan 8 artículos vacíos de contenido. No creo que sea mucho pedir el que se hubiera reordenado la numeración, buscando acomodo en esos 8 vacíos a los 2 bisados, y con algo de imaginación desdoblar otros artículos para cubrir los 6 huecos que existirían. Algo parecido a lo que se hizo en la reforma de los arts. 1315 a 1444 (Régimen económico matrimonial) por la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

La distribución sistemática de esos 109 artículos se continúa haciendo, como no podía ser menos, so pena de desajustar todo el Libro I a partir del Título IX, en dos títulos. El IX “De la incapacitación” (Arts. 199 a 214), y el X “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, mejorando la distribución derogada y evidenciando la desaparición tantas veces referida del Consejo de familia, sustituido y aún superado en sus funciones por la actuación del Juez. Este, o su actividad plasmada en sentencias, resoluciones, autorizaciones... etc, aparecen en 70 artículos (14), lo que constituye un indicio del peso de la figura congruente con el mentado desiderátum del legislador de instaurar un sistema de tutela judicial.

Para saber en qué consiste, cómo ha sido traducido legalmente ese sistema de guarda, hay que proceder —al modo en que se ha hecho con el sistema derogado— a la averiguación de cuáles son los diferentes apartados en que puede dividirse la actuación de la Autoridad judicial en la normativa vigente. Lo que nos conduce a tres mojonos. El primero trata de su actuación en el marco de la declaración de incapacidad; el segundo, en el internamiento de presuntos incapaces; y el tercero, a sus relaciones y actuaciones con los órganos encargados de la guarda y protección de los menores, pródigos y/o incapacitados, que en el actual art. 215 se cifran en el tutor, curador, y defensor judicial.

3.1. *El Juez, en la declaración de incapacitación*

A la vista del art. 199, en el que se establece un vínculo necesario entre “declaración de incapacitación” y “sentencia judicial”, se cae en la cuenta del carácter medular que tiene en este terreno la actividad judicial y consiguientemente la figura del Juez. Su trascendencia se produce

(14) Con estos 70 artículos, pueden hacerse hasta 6 grupos diferentes. Uno, el más nutrido, formado por 44, se refieren al “Juez” o a la “Autoridad judicial”, personalizan, en suma, y son: 203,2º párf., 207, 208, 209, 211, 216, 219, 224, 225, 228, 230, 231, 232, 233, 234,4º y últ. párf., 235, 236,4º, 237, 240, 245, 246, 248, 249, 256,2º párf., 259, 260, 261, 263, 264, 265, 269,4º, 273, 274, 275, 276,1º, 279, 280, 285, 292, 296, 299 bis, 300, 302 y 303.

Un segundo bloque, formado por aquellos 10 que aluden a la “sentencia judicial”: 199, 210, 212, 222,2º, 267, 278, 287, 289, 290, 298. Otros tantos, hablan de “resolución judicial”: 214, 218, 219, 243,1º, 245, 246, 250, 277,2º, 287 y 299 bis. Tres, hablan de “autorización judicial”: 271, 272 y 290. Y, en dos, se habla de “juicio”: 295 y 296.

En último lugar, los que citan o tratan del defensor “judicial”: 215,3º, 249, 256,2º párf., 280, 296, 299, 300, 301 y 302.

Si el lector se hubiera tomado la molestia de sumarlos, habrá obtenido un resultado de 78, al que hay que restar aquéllos que se citan en más de un bloque, por aludir a los diferentes conceptos señalados, y de esta forma se obtiene la cifra de 70.

a lo largo del camino que va desde la puesta en acción del mecanismo de incapacitación, hasta la correspondiente sentencia. Estas son sus etapas:

3.1.1. *Antes de iniciarse el procedimiento*

Son dos las actuaciones:

A) Promoviendo la declaración. No se trata de una autopromoción, sino de la exigencia de que el Juez, en ocasiones (según el art. 203 últ. párf.), ponga el hecho que justifica la incapacitación en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que éste realice la promoción. Todo ello, de no haber procedido a ello las personas a quienes corresponde según el art. 202. (15).

B) Tomando, “de oficio las medidas que estime necesarias”, en los supuestos de falta de promoción de la declaración, referidos antes (art. 203, 2º párf. al principio).

3.1.2. *Constante el procedimiento*

La figura del Juez, aparece en tres diferentes hipótesis:

A) De ser el Fiscal, el promotor de la incapacitación, será el Juez quien nombre al presunto incapaz un defensor si es que carece de él (art. 207).

B) En la fase de constatación de si el presunto incapaz puede gobernarse por sí mismo (arg. art. 200 *in fine*), el Juez goza del máximo de

(15) Esta posibilidad, apareció tardíamente en el Proyecto de reforma. Inexistente en su totalidad en el 2º párf. del art. 203 en el *Proyecto de U.C.D.* (cfr. *Boletín...*, citado en nota 1, págs. 1404 y 1405), se introdujo como consecuencia de la aceptación por la Ponencia, de una enmienda del Grupo Comunista, con este tenor: “El Juez competente, en los mismos casos, iniciará de oficio el procedimiento, dando traslado al Ministerio Fiscal y a los legitimados para promoverla conforme al artículo anterior” (Cfr. en *Boletín...* I Legislatura. Serie A. Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), pág. 1416/4).

Con este tenor, aparecía en el *Proyecto del P.S.O.E.*, y a pesar de ser presentada una enmienda por el Grupo Popular tendente a que se distinguiera entre “el oficio judicial y la posición institucional del Fiscal”. (Puede verse en: *Boletín...* II Legislatura. Serie A Núm. 4-I-1 (26 abril 1983), pág. 26/2), la Ponencia no la aceptó. De modo que, así aparece en el Dictamen de la Comisión (cfr. *Boletín...* III Legislatura. Serie A, Núm. 4-II (21 mayo 1983, pág. 26/26), y sólo se altera, surgiendo el tenor actualmente en vigor, cuando es aprobado por el pleno del Congreso (cfr. *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-III (30 mayo 1983), pág. 26/42).

discrecionalidad en la elección de los medios de prueba, pues “podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes” (art. 208 *in fine*). Y su intervención es vasta, debiendo oír “a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oír el dictamen de un facultativo” (art. 208). No admite paragón, el actual art. 208, con el abrogado art. 216 en el que como ya apuntaba líneas antes (16), su intervención obligada se ceñía a examinar por sí mismo “al denunciado como incapaz”.

C) Pareja amplitud de facultades, aparece en la adopción de “las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”, pues *ex art.* 209 el Juez puede hacerlo “en cualquier estado del procedimiento” (17).

3.1.3. *En la sentencia que declara la incapacidad*

Dejando al margen la declaración en sí misma, el Juez es quien determina, según el nuevo sistema, dos extremos sumamente importantes: la extensión y límites de la incapacitación y el régimen de guarda (art. 210).

A) *Extensión y límites de la incapacitación*

Este primer inciso del art. 210, supone una generalización del arbitrio judicial que en el sistema anterior sólo le permitía establecer esos límites y extensión en la incapacitación de sordomudos (cfr. el derogado art. 218 *in fine*).

De cualquier forma, esa mayor o menor “intensidad” en la incapacitación no las determina indefinidamente, pues el art. 212 posibilita un nuevo enjuiciamiento y una nueva decisión modificativa o que, incluso, deje sin efecto la declaración de incapacitación como tal.

B) *Régimen de guarda*

La norma que estamos analizando, el art. 210, dice literalmente so-

(16) En el epígrafe 2.2.3.B.

(17) También, este art. 209, procede exactamente del *Proyecto de U.C.D.*, alterado por una enmienda del Grupo Comunista añadiendo la referencia al patrimonio, justificándola en la posibilidad —hoy recogida en el art. 236, 1º— de separar la guarda de la persona y la del patrimonio. *Vide: Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), pág. 1416/5.*

bre este particular que “La sentencia que declare la incapacitación determinará... el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”. Esta disposición pone al Juez en la tesitura de “elegir” el tipo de guarda que debe actuar sobre el incapacitado. Opción que no facilitaba el sistema derogado, en tanto en cuanto tampoco existían estos diferentes tipos de guarda (principio de unidad de guarda). El viejo art. 200 en sus números 2º, 3º y 4º agotaba el elenco de incapacitados, y de todos ellos afirmaba que “Están sujetos a tutela”. Hoy, como ya apuntaba, el art. 215 cita tres tipos de guarda (tutela, curatela, defensor judicial), aunque la elección a que se refiere el art. 210 sólo es predicales de los dos primeros (tutela y curatela). Porque, por una parte, las posibles hipótesis de nombramiento de un defensor judicial recogidas en el Código presuponen (como veremos en el epígrafe 3.3.3) la existencia, o bien de una persona aun no declarada incapaz, o bien estándolo ya que además esté sujeto a tutela o curatela. Y por otra, tanto en sede de tutela como de curatela está prevista su constitución, entre otros casos, en el de incapacitación (art. 222, 2º, que sujeta a tutela a “Los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido”; y, art. 287, que entiende precedente la curatela “para las personas a quienes la sentencia de incapacitación, o en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”).

Por lo que estamos viendo, el único factor que debe valorar el Juez para decidir el régimen de guarda del incapaz, es su mayor o menor grado de discernimiento, que le conducirá, respectivamente, a estatuir la curatela o la tutela.

3.2. Actuación del Juez en el internamiento de un presunto incapaz

Es esta una problemática que, en sentido estricto, cae fuera de las fronteras del sistema de guarda, por cuanto es una medida que, tal como la diseña el Código civil, recae sobre un “presunto incapaz”, y no afecta a la posterior constitución de un régimen de guarda sobre el sujeto, una vez que se le declare incapacitado.

Con anterioridad a la reforma que nos ocupa, esta temática era ajena al Código Civil. El cuerpo legal básico en la materia era el *Decreto de 3 julio de 1931 sobre Asistencia de enfermos psiquiátricos*, que establecía tres procedimientos de ingreso “en un establecimiento oficial o privado”: “a) Por propia voluntad. b) Por indicación médica. c) Por orden gubernativa o judicial” (art. 8º). De estos cuatro posibles proce-

dimientos, en los tres primeros el control judicial brillaba por su ausencia, previo o posterior (18).

El *Decreto* de 1931, se ha mantenido en vigor hasta la Ley de reforma del C.C. de 24 octubre 1983, en cuyo art. 2º, dos es expresamente derogado. Al mismo tiempo, surge por esa Ley, el actual art. 211 C.C., que, en todo caso, somete el internamiento a un serio y extenso control judicial. Control que actúa en dos momentos:

3.2.1. *Antes del internamiento*

El primer párrafo, al principio, del art. 211 C.C., propone la regla general: necesidad de una previa autorización judicial para que ese presunto incapaz, ese sujeto que ofrece una presunta enfermedad o deficiencia que le impide gobernarse por sí mismo, sea ingresado en un establecimiento. Y para que tal autorización sea concedida, son precisos tres requisitos explicitados en la ley (art. 211, 2º párf.): el examen de la persona por el propio Juez, oír el dictamen de un facultativo designado por él, y en tercer lugar, comunicar la circunstancia al Ministerio Fiscal con el fin de que éste promueva la declaración de incapacitación como prescribe el art. 203, 2º párf. (19).

Excepcionalmente, puede prescindirse de ese filtro previo, cuando concurren “razones de urgencia”, pero entonces el control, aunque posterior al internamiento debe ser inmediato, “dentro del plazo de veinticuatro horas” (art. 211, 1º párf: *in fine*).

(18) Esta conclusión, es la que se extrae de la contemplación de los arts. 9º, 10º y 17º, entre otros. En el 9º (ingreso voluntario) se exigía: certificado médico legalizado, declaración firmada del paciente, y admisión por el Director Médico del establecimiento. En el art. 10º (ingreso por indicación médica): certificado médico legalizado, declaración firmada por el pariente del paciente más cercano, y admisión por el Director. En el art. 17º (ingreso por orden gubernativa): decisión del Gobernador Civil, Jefe de Policía, o Alcalde, sumado al “juicio positivo” de un Médico.

(19) Tanto el primer como el segundo párrafo de ese art. 211 se corresponden con el mismo artículo del *Proyecto de U.C.D.*, excepto en éste último particular, en la remisión al art. 203. Diría más, en la discusión de aquel proyecto, el Grupo Socialista presentó una enmienda, en la que solicitaba que se condicionara el internamiento a la previa promoción de la declaración de incapacidad. Y la Ponencia de entonces no la admitió, por “considerar que está implícito en el texto” y por tanto innecesaria. (cfr. *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), págs. 1416/5 y 1416/6). Posteriormente, en el proyecto que acabó siendo ley, el del P.S.O.E., ya aparece el artículo en su actual redacción.

3.2.2. *Tras el ingreso en el establecimiento*

El tercer párrafo del art. 211, establece ese control judicial posterior al internamiento. La filosofía subyacente al mandato jurídico, queda recogida en la enmienda que el Grupo Comunista presentó en este punto al *Proyecto de U.C.D.*, al que inicialmente faltaba este tercer párrafo del art. 211. Decía, escuetamente la enmienda: “nadie podrá ser internado ni mantenido en un establecimiento de salud en contra de su voluntad, salvo con autorización judicial” (20). Admitida parcialmente la enmienda por la Ponencia, el artículo quedó redactado tal cual hoy, ya que el *Proyecto del P.S.O.E.* lo recogió tal cual había quedado redactado en la anterior Legislatura.

Esta vigilancia posterior, tiene como objetivo el de “recabar información sobre la necesidad de proseguir el internamiento”, y su periodicidad es obligada, “cada seis meses”, aunque no obstante el Juez podrá recabarla “cuando lo crea pertinente”.

3.3. *Actuación del Juez sobre las instituciones de guarda*

La calificación general a todos los órganos tutelares, la aporta el art. 216: “Las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Ese amparo o protección que reciben los órganos tutelares por parte del Juez, tiene su contrapartida en el sometimiento de aquellos a la vigilancia de éste. Extremo, este último, que a pesar de recogerse en la “Exposición” del *Proyecto del P.S.O.E.* (21), no tiene una traducción normativa general en el C.C., como sucede con la “salvaguarda” (22). En todo caso, ocasión habrá de constatar su implícita

(20) La enmienda del Grupo Comunista, pretendía reconstruir todo el precepto, que se iniciaría con la frase transcrita en el texto. Además, esa autorización judicial, seguía diciendo, ‘debe ser concedida cuando aquel sea imprescindible y por sólo el tiempo necesario, previo dictamen del facultativo oficial, del designado por el enfermo, oyendo al Fiscal e iniciando inmediatamente y de oficio el procedimiento de incapacitación. La prosecución del internamiento se autorizará por el Juez cada seis meses, con iguales requisitos” (Cfr. *Boletín...*, citado en nota anterior).

(21) Cfr. lug. cit. nota 11, pág. 12.

(22) Este detalle, como algunos otros del art. 216, fue polémico ya en la discusión del *Proyecto de U.C.D.* Dejando al margen las discusiones referentes a si la tutela es un “deber de carácter público”, o bien un “oficio de derecho privado”. (Véase en: *Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2*, pág. 1416/7. Y, en *Boletín... II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1*, pág. 26/5), hay que resaltar que el *Proyecto del P.S.O.E.*, fue enmendado por el propio Grupo Socialista en lo que atañe al art. 216, sugiriendo que se incluyera la “vigilancia” junto a la “salvaguarda”, con objeto de coordinarlo con otros preceptos, y específicamente con el art. 233. Pero la Ponencia, no la admitió. (Cfr. *Boletín... II Legislatura*, cit. antes).

existencia, y su existencia explícita en sede del organismo tutelar de mayor fuste, la tutela.

Hechas estas consideraciones generales, estamos en actitud de detener nuestra atención en las relaciones individualizadas del Juez con cada uno de los órganos de guarda.

3.3.1. *Respecto de la tutela*

La mayor importancia, predicada antes, de éste organismo de guarda en relación a los restantes se expresa cuantitativamente en los 65 preceptos que le dedica en exclusiva el C.C. (Todo el Cap. II del Título X, arts. 222 a 285, incluyendo el art. 237 bis), frente a los 13 dedicados a la curatela (El Cap. III, Título X, arts. 286 a 298), y los 5 que afectan al defensor judicial (Cap. IV, Título X, arts. 299 al 302, mas el art. 299 bis, al margen de otros dispersos en los que, como veremos en el epígrafe 3.3.3.1., es aludido). Esa amplitud, nos obliga a estudiar la incidencia del Juez a partir de una división cuádruple.

A) *En la constitución de la tutela*

La actuación, y el arbitrio del Juez es constante, como decía la "Exposición" del *Proyecto del P.S.O.E.*, "... se atribuyen amplísimas facultades al Juez, en todo lo relativo a la constitución..." (23). El desglose, podría ser como sigue:

a) Puesta en marcha, de oficio, de la constitución de la tutela cuando el Juez tenga conocimiento de la existencia en el territorio de su jurisdicción de alguna persona de las enumeradas en los tres números del art. 222 (art. 228). El precepto, que se complementa con el art. 230 ("Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad judicial el hecho determinante de la tutela"), une a la importancia de esa posible actuación de oficio del Juez, su carácter de norma indiscutida, no enmendada, desde su aparición en el *Proyecto de U.C.D.*, en cualquiera de las cámaras.

b) Determinación, cuando se trate de una persona declarada incapaz, de que debe ser este tipo de guarda (la tutela) y no otro, el que la sujeta (arg. art. 222, 2º "... cuando la sentencia lo haya establecido"). Como decía líneas arriba (24), el único baremo legal que debe tener en

(23) En: *Boletín...* II Legislatura. Seria A, Núm. 4-1 (27 enero 1983), pag. 12.

(24) En el epígrafe 3.1.3.B.

consideración al tomar esa decisión es (arg. art. 287 *in fine*), la medida del “grado de discernimiento” del incapacitado. Ahora bien, en la apreciación de ese mayor o menor grado, el Juez actúa con amplio margen valorativo, como señala el art. 208 interpretado hace un momento.

c) El Juez es quien, siempre “ nombra ” al tutor o tutores. E inclusive sus facultades llegan a la designación, que podrá realizar también en todo evento, aun contradiciendo la designación voluntaria (*inter vivos*, o *mortis causa*), hecha por los padres del tutelado, o rectificando la designación legal. Veámoslo.

I. Designación de tutor por voluntad de los padres

1. El art. 223 nos acerca a la hipótesis (en “testamento o documento público notarial”), y el art. 224 *al principio*, afirma que estas disposiciones “vincularán al Juez, al constituir la tutela”. Pero, acto seguido, excepciona la regla: “salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. De donde, dos son los presupuestos que permiten al Juez hacer caso omiso a la voluntad de los padres: que el beneficio del menor así lo exija, y motivar la decisión.

Esta regla del art. 224, y las derivadas que estudiaré después, aportan uno de los datos más espectaculares de la reforma, y al mismo tiempo constituyen uno de los puntos fronterizos del sistema, una muestra de hasta dónde llega la intervención judicial en el sistema implantado. Curiosamente, el artículo original en el *Proyecto de U.C.D.* contenía una mayor concesión al arbitrio judicial, pues no exigía que el Juez motivara su decisión (25). Fue una enmienda del Grupo Socialista la que añadió ese requisito (26), quedando en esa I^a Legislatura el redactado tal cual hoy rige.

La importancia de la cuestión hizo, además, que fuera explícitamente mencionado en la “Memoria-Exposición de Motivos” del *Proyecto de*

(25) Decía el art. 224 del *Proyecto de U.C.D.*: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa”. Cfr. en: *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I (24 junio 1981), pág. 1407.

(26) Así aparece en el *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2 (30 abril 1982), pág. 1416/9: “En garantía de respeto a las disposiciones de los padres, la enmienda número 58 (Grupo Socialista) obliga al Juez a fundar su resolución cuando se aparte de aquéllas. La Ponencia recomienda su aceptación”.

U.C.D., con estas palabras: “Las nuevas normas reguladoras del llamamiento a las funciones tutelares traducen el sistema de tutela de autoridad ahora adoptado. El Juez adquiere un papel decisivo, ya que si los padres podrán mediante testamento nombrar tutor, o establecer órganos de fiscalización u ordenar otras disposiciones, éstas no vincularán al Juez si el beneficio del menor o incapacitado exige otra cosa. La Autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias...” (27).

2. En caso de incompatibilidad entre las designaciones del padre y de la madre, el Juez, según el art. 225 *in fine*, es quien busca la salida al callejón, a la vista de los dos presupuestos anteriores. La conveniencia del tutelado como criterio rector de su decisión, y la motivación de ésta como criterio formal. La semejanza con el artículo precedente se tradujo, como es de razón, en una misma peripecia parlamentaria (28).

3. En caso de designación negativa de los padres (declaran quien no desean que sea tutor), también el Juez puede obviarla, concurriendo los dos presupuestos mentados. Así se expresa el art. 245: “Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre... salvo que el Juez en resolución motivada...”.

4. De haber procedido los padres a subsanar la teórica inhabilidad de la (o, las) persona designada como tutor (posibilidad que el art. 246 reduce a dos de los ocho supuestos que recogen los arts. 243 y 244), por su designación conociendo la causa de inhabilidad, el Juez, nuevamente, puede sobreponerse a esa designación, si como afirma el art. 246 *in fine*, concurren los dos presupuestos reiteradamente significados.

II. *Faltando la designación de tutor por los progenitores*

A priori, entran en juego las reglas que para tal nombramiento establece el art. 243 en sus cuatro números. En donde se ordenan las personas que el Juez debe nombrar para tal cargo. Pero, una vez más, se ofrece al Juez la posibilidad de eludir la ordenación legal. Concretamente:

1. El último párrafo del art. 234, es elocuente: “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo ante-

(27) En: *Boletín...*, cit. en nota 25, pág. 1043.

(28) Cfr. en lug. cit. nota 26.

rior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere". Notemos, que la previsión legal, aunque se funde sobre los mismos presupuestos que en las hipótesis anteriores, opera sobre una plataforma diferente. Ahora, el Juez no está facultado para arrinconar la voluntad de los padres, lo que significa una quiebra del principio de autonomía de voluntad, sino para arrinconar la previsión legal. La ley, por tanto, sitúa al Juez (con la salvedad de que ello "beneficie al tutelado") en la posición de decidir entre la aplicación del orden que ella misma propugna o del que él crea conveniente. Si esto es así, no tiene excesivo sentido el establecer ese orden legal. Y menos, si tenemos en cuenta que, como prevé el art. 235, puede ocurrir que no exista ninguna de las personas enumeradas en el art. 234. Entonces, la solución sigue siendo la misma: "... el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo" (art. 235 *in fine*).

La repercusión de estas reglas, su importancia, había sido expuesta ya en la "Memoria-Exposición de Motivos" del *Proyecto de U.C.D.*, si bien ese párrafo excepcional del art. 234 fuera introducido por la Ponencia en el curso de las discusiones: "... La autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias, como no lo estará ya tampoco al orden férreo de la anterior tutela legítima" (29).

2. En caso de designación de más de un tutor, y dándose el régimen general (el de actuación conjunta, o en su defecto mayoritaria, arg. art. 237, 1º y 2º párrs. al principio) el Juez puede intervenir en un doble sentido. Primeramente, a falta de acuerdo entre los tutores, "resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente", aunque —entendiendo— siempre siguiendo el criterio del "beneficio del tutelado", a pesar de la elipsis legal de ese art. 237, 2º párrf. En segundo lugar, de persistir los desacuerdos, y si "entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela", las facultades judiciales vuelven a ser amplísimas, por cuanto "podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor" (art. 237, 2º párrf. *in fine*). En conclusión, tanto puede variar el régimen de actuación, como prescindir de los tutores en discordia y designar un, o unos, nuevo. De decantarse por esta solución, resultaría que el Juez, no sólo puede designar como tutor a persona diferente de la que —por

(29) Cfr. en: "Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I (24 junio 1981), pág. 1403. La introducción por la Ponencia de este último párrafo, y las enmiendas que lo originaron pueden consultarse, en resumen, en: *Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I-2* (30 abril 1982), pág. 1416/11.

ejemplo— hubiesen elegido los padres, sino además alterar el tipo de tutela prevista por aquéllos (arg. art. 236, 4º), que dejaría de ser plural y pasaría a ser individual.

3. Tratándose de un menor acogido en un establecimiento público, el art. 239, posibilita, aunque no exige, que el Juez nombre tutor al Director del establecimiento. La regla puede parecer extraña, y superflua, de no tener en cuenta su origen. Digo que puede parecer extraña, por cuanto el art. 235 ya le permite al Juez, tomar esta decisión. Es más, seguramente se lo exigiría, habida cuenta de que a primera vista es la persona más idónea “por sus relaciones con el tutelado” (235, *in fine*). En suma, la dicción del art. 239 “podrá ser atribuida al Director...”, no abre ninguna puerta que antes no estuviera ya franca por el art. 235.

La explicación, radica en el origen, como ya he adelantado. En el Proyecto original, tenía otro sentido. Decían tanto el art. 239 del *Proyecto de U.C.D.*, como el homónimo del Gobierno socialista: “Si se tratase de un menor acogido y protegido en un establecimiento público, la tutela corresponderá al Director del establecimiento, salvo que el Juez disponga otra cosa” (Existía un segundo párrafo, que no es del caso reproducir) (30). Es decir, que el criterio preferente en la designación, la hacía recaer en el Director, y el Juez para nombrar a persona distinta como tutor —aunque el proyectado precepto no lo aclarara suficientemente— hubiera debido justificar que esa designación no era beneficiosa para el menor, por aplicación analógica de los artículos atinentes a la designación del tutor, vistos hasta aquí. La mutación del “corresponderá”, por el “podrá ser atribuida” operada en la discusión en el Congreso (Iª Legislatura), transformó el artículo en superfluo pero, seguramente, no desapareció del Proyecto (y se mantuvo luego en el del P.S.O.E.) como solicitaba la minoría catalana, por no alterar la numeración de los posteriores (aunque se podía haber dejado en blanco, puestos a hacer mal las cosas), y por no dejar inaludida expresamente la hipótesis pues ya se le dedicaba un artículo (el art. 212) en la legislación anterior (31).

d) El último aspecto por el que asoman las amplias facultades judiciales en la constitución de la tutela, lo he creído adivinar en cuanto a las personas que deben ser oídas para esta constitución. El art. 231, es

(30) Puede verse en: *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I... pág. 1408. Y el del P.S.O.E., en *Boletín...* cit. en nota 23, pág. 18.

(31) La enmienda del Grupo Minoría Catalana puede verse en: *Boletín...* I Legislatura, cit. en nota 29, pág. 1416/13.

elocuente, pues junto al deber de dar audiencia a los “parientes más próximos” y al propio “tutelado si tuviera suficiente juicio”, aparece, una vez más, una cláusula abierta: “las personas que considere oportunas”.

B) *Tras la constitución de la tutela*

Antes de entrar en el ejercicio propiamente dicho, y como ocurría en la legislación anterior (visto quedó, en el epígrafe 2.1.2.A.), al tutor se le imponen una serie de actuaciones, controladas entonces por el Consejo de familia y que hoy lo son por la Autoridad judicial. Podemos escalonadamente distinguir:

a) La toma de posesión del cargo, llevada a cabo *ex art.* 259, por esa Autoridad judicial

b) La prestación de fianza, que en contra de lo que rezaba el derogado *art.* 255, no es precisa como criterio general. Efectivamente, a pesar de que el *art.* 260 (derogado) eximía a ciertos tutores de prestarla, el *art.* 255 era contundente: “El tutor... prestará fianza para asegurar...”. Hoy, el *art.* 260 nos dice que “El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure...”. Está en manos del Juez, decidir si el tutor debe prestarla o no, y si se decanta por la afirmativa, es también su voluntad la que determina:

1. La “modalidad y cuantía” (*art.* 260 *in fine*)

2. Su modificación, una vez prestada y en cualquier momento, con tal que entienda que concurre una “justa causa” para ello, pudiendo llegar a su supresión (*art.* 261).

c) En relación a la obligación de realizar inventario de los bienes del tutelado, aunque es una obligación del tutor y, por tanto, cae lejos del ámbito de decisión del Juez el que la preste o no (*arg. art.* 262), éste acredita sobre las operaciones de realización un importante poder decisorio, en tanto que:

1. Puede prorrogar el plazo de 60 días, que el *art.* 262 establece, con tal que concurra causa para ello, y motive la prórroga (*art.* 263).

2. El inventario, dice el *art.* 264, “se formará judicialmente”, y serán citadas “las personas que el Juez estime conveniente”.

3. Como resultado del inventario, reaparece el poder decisorio del

Juez, ya que “El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio de la Autoridad judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado al efecto” (art. 265, 1º párf.).

d) Respecto de las excusas del desempeño del cargo, tanto si es inmediatamente posterior al nombramiento (en el plazo de 15 días, posterior al conocimiento por el nombrado. Art. 252), como si es durante el ejercicio (arts. 253 y 255), debe realizarse ante el Juez, aunque no lo explice el Código en los seis artículos que dedica a la figura.

e) Por último, hay que añadir, para cerrar este apartado, que la inscripción en el Registro Civil de la resolución judicial nombrando tutor (o curador, en su caso), así como aquellas relativas a las incidencias de tales nombramientos (art. 218), se deben realizar a través de la comunicación que el Juez debe dirigir al Encargado del Registro (art. 219).

C) *En el ejercicio de la tutela.*

Este ejercicio de la tutela, se gobierna por un principio medular, acogido por el art. 232: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez...”. Como adelanté en el epígrafe 3.3., este sometimiento o control del Juez es común a todos los órganos de guarda, aunque sólo venga referido, en este artículo, a la tutela.

La “vigilancia”, se actúa por medio de unos cauces preestablecidos, y en momentos diversos. Los cauces o posibilidades de actuación judicial, los concreta el art. 232 *in fine*: de oficio, a solicitud del Fiscal, o instancia del interesado. Y los momentos, aparecen en el siguiente precepto (art. 233): en la misma resolución que constituya la tutela, o con posterioridad, sin mayor especificación. Tampoco hay cortapisas a la exigibilidad de informes al tutor, sobre la situación personal del tutelado y sobre la administración de su patrimonio. Este último control judicial, se superpone al deber que recae sobre el tutor —medie o no, exigencia del Juez— de informarle, como mínimo, una vez al año, de la situación personal del tutelado, y rendirle cuenta de su administración (art. 269, 4º).

Adosadas a esta vigilancia general, en el ejercicio de la tutela existen otras dos concretas actividades del Juez. A saber:

a) El régimen de autorizaciones de los arts. 271, 272 y 273. La razón por la que el tutor necesita autorización judicial para llevar a cabo los

actos contenidos en los arts. 271 y 272, es la misma que la que fijaba la legislación derogada a cargo del Consejo de familia (recuérdese el epígrafe 2.1.2.Ae.). Por la importancia para la esfera jurídica del menor o incapacitado del acto a celebrar, se impone un control judicial anterior al mismo, de manera que cuando actúe el tutor está garantizada la integridad de la posición del tutelado. En la "Exposición" del *Proyecto del P.S.O.E.*, se explica escuetamente: "... se atribuyen amplísimas facultades al Juez... para autorizar al tutor con ocasión de los actos más importantes" (32).

De todas las previsiones legales de autorización, destacan tres. La del art. 271, 4º que al tratar de la partición de la herencia o de la división de la cosa común, redobla el control del Juez adicionando otro posterior al acto: la aprobación de la partición o división, una vez efectuadas. Disposición que genera una antinomia respecto del art. 1060 del C.C. sostenedor de lo contrario: "... no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial".

Las otras dos previsiones de autorización que traigo a colación, resaltan por su absurda redacción. Son las del art. 272, 6º y 7º, que tal como aparecen son redundantes o ininteligibles. Dice el art. 272, 6º, "También necesitará el tutor autorización judicial:... 6º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial". Esto es, cuando haya autorización judicial para disponer de esos bienes, el tutor no la necesitará. Lo mismo ocurre en el nº 7, con la cesión de créditos que el tutelado tenga contra el tutor... La explicación, que no la justificación, de este pequeño desaguisado, hay que buscarla en el proceso formativo de la ley reformadora. Estos dos últimos números del art. 272, no existían ni en el *Proyecto de U.C.D.*, ni en el del *P.S.O.E.*, y fueron añadidos, a pesar de no prosperar inicialmente la enmienda del Grupo Popular que los auspiciaba (33), en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior (34), en el Congreso, conteniendo ya ese lapsus. Lo difícil de comprender, es cómo no fue detectado ni en la aprobación por el pleno del Congreso, ni en su paso por el Senado.

b) El régimen de retribuciones del tutor. Según el art. 274, cuando haya lugar a él porque el patrimonio del tutelado lo pueda soportar, será

(32) Cfr. *Boletín...*, citado en nota 9, pág. 12.

(33) Curiosamente, la enmienda del Grupo Popular, no proponía esa coletilla, porque los situaba (al número 6º y al 7º) correctamente en el seno del art. 272, que ya hablaba en sus inicios de la autorización judicial. Puede verse, en *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1 (26 abril 1983), págs. 26/16 y 26/17.

(34) Cfr. *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-II, pág. 26/33.

el Juez quien lo fije en su montante y en el modo de percepción. A tal fin, el mencionado artículo 274, le ofrece unas pautas que, o son ambiguas (“trabajo a realizar”, “valor y rentabilidad de los bienes”), o no le son impuestas realmente (“procurando en lo posible que la cuantía...”). Como tampoco se le impone en este campo, la voluntad testamentaria de los padres que nombren tutor determinando que “haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos”. Porque, como concluye el art. 275, “el Juez, en resolución motivada”, puede disponer “otra cosa”.

D) *En la extinción de la tutela*

Cabe referirse a la actividad judicial en dos situaciones: en la remoción y en la rendición de cuentas.

a) En la remoción del tutor, el Juez actúa esencialmente en tres momentos. Para comenzar, suspendiendo en sus funciones al tutor —si lo cree oportuno— mientras dura el procedimiento de remoción (art. 249). En segundo lugar, decretando la remoción (art. 248). Y, por último, nombrando tras la remoción un nuevo tutor (art. 250).

La linealidad de la regulación legal, y su claridad, hizo que estos tres artículos mencionados (arts. 248, 249 y 250), procedentes del *Proyecto de U.C.D.*, no levantarán discusión ni enmienda alguna en las dos Legislaturas.

b) En la rendición de cuentas. Tengamos en cuenta que esta obligación del tutor, una vez ha cesado en sus funciones, tiene como beneficiario precisamente al Juez. Es ante él, que “deberá rendir la cuenta general justificada de su administración” (art. 279, 1º párf.). Y será él, quien le prorrogará, o no, el plazo de tres meses que tiene para hacerla. Y como colofón, lógicamente si es él el beneficiario, si las cuentas se le rinden a él, será también el Juez quien tenga la potestad de aprobarlas previa audiencia de las personas indicadas en el art. 280.

3.3.2. *Actuación del Juez respecto de la curatela*

La menor envergadura de esta institución de guarda, concretada en un menor campo de actuación del guardador (curador), y en una menor trascendencia jurídica de su actuación (el tutor, actúa en lugar del tutelado, ex art. 267, mientras que el curador según el art. 289, únicamente “asiste” al menor, incapaz o pródigo en los actos que realice), arrastra

un menor protagonismo de la actuación judicial, que se da en estas circunstancias:

A) Cuando la guarda se constituye por razón de incapacitación de la persona, quien decide que ésta quede sujeta a curatela y no a tutela, es el Juez (art. 287), por entender que su grado de discernimiento aconseja este régimen de guarda atenuado.

B) En los supuestos mencionados en el apartado anterior, decidirá, además el ámbito de actuación del curador, o, lo que es lo mismo, el de restricción de la capacidad de obrar del incapacitado (art. 289).

Ante la carencia de delimitación por el Juez, entra en escena el criterio legal del art. 290, que remite al régimen de autorizaciones en la tutela. Esta remisión, puede parecer chocante en una primera lectura, pues si el tutor que es el organismo de guarda con mayor radio de acción e importancia, necesita autorización judicial para los actos referidos en el art. 271 y en el 272, no es muy coherente que el curador, con su más modesto rol en la guarda, tenga precisamente como campo de actuación legalmente previsto la intervención en aquellos actos. Podría pensarse, de esta forma, que el cargo de curador es de mayor confianza que el de tutor. Pero no deben olvidarse dos circunstancias que justifican la regla que comentamos. En primer lugar, el incapacitado sometido a curatela, lo es a éste régimen porque tiene un cierto grado de discernimiento, que le permite llevar a término los actos ordinarios y sólo para estos actos especialmente trascendentes es lógico que requiera la intervención del guardador. Y en segundo lugar, como dije al principio de este epígrafe 3.3.2, mientras que el curador “interviene” (art. 288), o “asiste” (art. 289) en los actos que el menor o pródigo (en el art. 288), o el incapacitado (en el art. 289), emprendan, el tutor (art. 267) es quien emprende y concluye los actos por cuenta del incapaz o del menor. La autoría del acto, en la curatela pertenece al sujeto a ella, mientras que en la tutela pertenece al tutor. De esta guisa, se justificaría que en el primer caso no exista control judicial, y sí en el segundo. En cualquier caso, tampoco debe olvidarse que el sujeto a curatela es —en nuestro caso— un “incapaz” y que aunque tenga cierto grado de discernimiento, sus iniciativas de actuación pueden estar afectadas por esa carencia de total discernimiento.

C) Para terminar, cuando la curatela se aplica a un sujeto previamente sujeto tutela, el criterio legal es el de mantenimiento de la persona del guardador en el nuevo cargo. Criterio que, empero, puede ser modificado por el Juez (art. 292). Entiendo que, a pesar de la omisión legal,

para ello rige de nuevo el principio del mayor beneficio para el sometido a guarda. Mayores dudas me asaltan, respecto a si deberá motivar su decisión o no. Dudas, que no ofreció a nuestros parlamentarios, ya que procede del *Proyecto de U.C.D.*, sin que en ninguna de las dos Legislaturas fuera enmendado siquiera.

3.3.3. *Actuación del Juez, en relación al Defensor judicial*

El propio nombre de esta figura de guarda patentiza el estrecho cordón que la une al Juez. Antes de concretarlo, hay que puntualizar un extremo sobre la naturaleza del defensor como institución de guarda. A pesar de su situación en el art. 215, al lado de las dos vistas hasta ahora (tutela y curatela), le separan apreciables diferencias: su total dependencia de las otras dos, y su provisionalidad dependiente de aquéllas. Especificando más, el defensor judicial sólo tiene razón de ser a la espera de que se constituya la tutela o la curatela, o estando constituída una u otra, para resolver algún conflicto en su funcionamiento. Sin olvidar que, además, su esfera de funcionamiento excede el de las instituciones de guarda en sentido propio, llevándonos en ocasiones —en virtud de la remisión abierta del art. 299, 3º— a otras sedes, como la de la ausencia (art. 181) o la de la patria potestad (art. 163).

Dicho lo cual, hay que proseguir diciendo que la actuación judicial opera en tres direcciones:

A) Fundamentalmente, en el nombramiento (art. 300). Recaerá, sobre quien “estime más idóneo”. ¿Cuándo debe proceder a nombrarlo? En el Título X, Libro I del C.C., se recogen algunos casos:

a) Conflicto de intereses entre el sujeto a patria potestad, tutela o curatela, y sus padres, tutor (o tutores) o curador. (art. 299, 1º).

b) Paralización momentánea de la tutela o curatela, de las funciones de uno u otro. (art. 299, 2º).

c) Durante la tramitación del proceso de remoción, si el Juez suspende en sus funciones al tutor o curador (art. 249, y 291, 1º párf. *in fine*). En realidad, estamos ante un subsupuesto específico del supuesto descrito antes: paralización de las funciones del tutor o curador (art. 299, 2º).

d) En tanto se resuelva la excusa de la tutela o curatela, si el guarda-

dor no continúa ejerciendo sus funciones (art. 256, 2º párf., en relación al primero).

Nuevamente, se trata de una especificación del art. 299, 2º.

d) Cuando el pródigo no comparezca, y el Fiscal haya sido quien promovió la declaración de prodigalidad (art. 296). Este “defensor”, lo es para representarlo en el correspondiente juicio.

e) Mientras dura el proceso tendente a constituir la tutela. Aunque, entonces el Juez no puede nombrar a quien estime “más idóneo”, pues el art. 299 bis impone al Ministerio Fiscal. Recordemos que —como dije en el epígrafe 3.— este precepto está bisado porque no existía en el *Proyecto de U.C.D.*, incluyéndose en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior (35), y pasando con la misma situación y *nomen* al *Proyecto del P.S.O.E.*

En otro orden de cosas, de producirse el supuesto previsto en la norma, la segunda parte del artículo (299 bis), faculta al Juez para nombrar un “administrador” de los bienes (36). Esta “defensa compartida”, reproduce para esta forma de guarda (defensor judicial) la previsión que en materia de tutela contiene el art. 236, 1º: disociación de ámbitos (personal/patrimonial) de actuación en los guardadores.

B) El art. 302, nos pone en la pista de otras dos facultades judiciales sobre el defensor: delimitar su esfera de actuación, y ser el destinatario de la rendición de cuentas.

3.3.4. Actuación del Juez, respecto del guardador de hecho

Esta figura cae, indudablemente, fuera de las de guarda en sentido jurídico, como se desprende de su no inclusión en la trilogía del art. 215, y del sentido común (si es guardador “de hecho”, es porque no lo es “de derecho”).

La novedad legislativa, está en ser contemplada jurídicamente. Y dentro de esta contemplación, se perfila un control judicial aleatorio (“po-

(35) Cfr. *Boletín...* I Legislatura. Serie A, Núm. 202-II (30 abril 1982), pág. 1416/38.

(36) Este nombramiento, tanto en el *Proyecto de U.C.D.* que finalmente quedó “bloqueado” por la disolución de la Legislatura, como en el *Proyecto* original del *P.S.O.E.*, era atribuida al propio Ministerio Fiscal. Fue a raíz de una enmienda del Grupo Socialista que se atribuyó al Juez. Cfr. en: *Boletín...* II Legislatura. Serie A, Núm. 4-I-1, pág. 26/21.

drá requerirle...”, dice el art. 303) sobre su actuación. Actividad que es construida en este art. 303, a imagen de la que ejerce el Juez sobre los órganos de guarda: informes sobre la situación de persona y bienes, y en general establecimiento de “las medidas de vigilancia y control que considere oportunas” (37).

(37) La “novedad” ya existía en el *Proyecto de U.C.D.*, y en la “Memoria-Exposición de Motivos” se justificaba con estas palabras (*Vide: Boletín... I Legislatura. Serie A, Núm. 202-I* (24 junio 1981), pág. 1404): “Colofón del Título X lo constituye un capítulo breve, pero de evidente novedad: el consagrado a la guarda de hecho. No es raro el caso de que la protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación sea desempeñada de hecho por quienes no tienen —ya sea porque no la tuvieron nunca, ya porque la perdieron— la consideración legal de tutores. La figura, no contemplada en el Código Civil, ha sido estudiada en sus hipótesis y problemática por la doctrina del Derecho Civil. El nuevo texto la incorpora al articulado a través de dos normas que serán suficientes para encauzar las principales cuestiones planteadas en la práctica”.