

Titularidad y ejercicio de la “potestad parental” en el futuro *Llibre Segon de Codi Civil de Catalunya*: Especial referencia a la protección del menor en las crisis matrimoniales¹

Adoración Padial Albás

Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Lleida

Mercedes Serrano Masip

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universitat de Lleida

M^a Dolors Toldrà Roca

Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Lleida

1. La denominada “*potestat parental*” en *Llibre Segon de Codi Civil de Catalunya*:

El Capítulo 6 del Título III del Anteproyecto del *Llibre Segon de Codi Civil de Catalunya* regula la *potestat parental*, utilizando un término distinto, que sustituye a la *potestat del pare i de la mare*, tal y como denomina el *Codi de Família* a la tradicional patria potestad².

De este modo, al igual que en la *Llei 2/1996, de 29 de julio, sobre la potestad del pare i de la mare*, la legislación catalana vuelve a caracterizarse por introducir una nueva denominación de la figura. Sin embargo, a pesar del debate social generado, en realidad, los cambios del apartado dedicado específicamente a esta institución son poco relevantes; ya que las novedades más significativas se introducen el Capítulo 3, en sede de la protección del menor en los procesos de separación y divorcio de sus padres.

¹ - La presente comunicación se ha realizado en el marco del grupo de investigación “Pontius de Ilerda” del *Departament de Dret Privat de la Universitat de Lleida*, reconocido por el *Departament d’Innovació, Universitats i Empresa de la Generalitat de Catalunya* (2005SGR00267), al que pertenecen las autoras.

² - En la actualidad, el *Codi de Família* de 1998 regula esta institución en el Título VI (arts. 132-163), incorporando el mismo contenido y cambio de terminología que introduce la *Llei 2/1996, de 29 de julio*, que regula la “*potestat del pare i de la mare*”, por considerarla una denominación más adecuada a los tiempos actuales; el mismo argumento que repite el legislador catalán en el Preámbulo del Anteproyecto, aduciendo en este caso, que el término “*potestat parental*” posibilita el establecimiento de relaciones de filiación entre cónyuges o convivientes del mismo sexo.

Así pues, el proyectado *Codi Civil de Catalunya* configura la potestad parental como una función inexcusable de protección de los hijos menores no emancipados³, que se ejerce en interés del hijo, para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad⁴ (art. 236-2 Ant.).

La potestad parental es una institución de guarda y protección de la persona y de sus bienes, que se deriva de la filiación jurídicamente establecida, lo cual la diferencia del resto de instituciones de protección reguladas en el Título II del mismo Libro. Y como institución de protección, la potestad parental conlleva toda una serie de deberes, como son el cuidado de los hijos, el deber de convivir con ellos⁵, alimentarlos en el sentido más amplio de la prestación, así como educarles y proporcionarles una formación integral (art. 236-17 Ant.).

No obstante, además del aspecto personal, que podría resumirse en la guarda del menor⁶, los padres son los representantes legales de sus hijos (art. 236-19 Ant.), y están también legitimados en el ámbito patrimonial para administrar sus bienes (art. 236-22 Ant.). De modo, que el contenido de la *potestat parental* previsto en el Anteproyecto coincide, prácticamente, con el regulado en la actualidad, en sede de la *potestad del pare i de la mare*, por el *Codi de Família*.

En este sentido, las únicas novedades previstas en el Capítulo 6, en sede de la potestad parental son, por un lado, el reconocimiento de facultades al cónyuge o

³ - A pesar de que, excepcionalmente, puede subsistir después de la mayoría de edad, si se prorroga o rehabilita debido a la incapacitación del hijo (art. 132 CF y 236-1 Anteproyecto)

⁴ - Por tanto, como señala BARRAL VIÑAS, en *Derecho de Familia* coordinado por MALUQUER DE MOTES, Barcelona, 2005, pág. 372, se configura como un oficio de derecho privado, que confiere una serie de funciones para el cumplimiento de un deber, que se lleva a cabo siempre en beneficio del hijo.

⁵ - Ahora bien, según el art. 236-4, los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, a no ser que hayan sido adoptados, o que una ley o resolución judicial o administrativa, en el caso de menores desamparados, disponga lo contrario. Pero también reconoce el derecho de los hijos a relacionarse con los abuelos, hermanos y otras personas próximas, y a la inversa; de modo que los progenitores han de facilitar estas relaciones personales y sólo pueden impedir las por justa causa.

⁶ - En efecto, en el ámbito personal, el cuidado de los hijos engloba el resto de deberes, como pone de relieve ARROYO AMAYUELAS, en *Manual de Dret Civil Català*, coordinado por BADOSA COLL, Barcelona-Madrid, 2003, pág. 554, es decir: el derecho-deber de convivir con ellos, su vigilancia y, el deber de alimentarlos que incluye su educación y formación integral.

conviviente estable del progenitor, que no se limita a su intervención en las cuestiones ordinarias del menor que convive con él, ya que, el Anteproyecto prevé, incluso, que muerto el progenitor, que tiene la custodia, pueda obtenerla judicialmente su viudo o exconviviente, con el que vive el menor, sin necesidad de privar de la potestad al otro progenitor (art. 236-14 Ant.)⁷. De otro, prevé, también, la posible delegación de la custodia en favor de terceros, si hay un motivo suficiente y no perjudica el interés del menor (art. 236-15 Ant.)⁸. Por último, el art. 236-5 del Anteproyecto considera justa causa para denegar, suspender y modificar las relaciones personales, que los hijos sean víctimas directas o indirectas de violencia.

No obstante, la mayor parte de novedades que introduce el legislador catalán, en esta materia se producen en la Sección 2 del Capítulo 3, en sede de los efectos de la nulidad, separación y divorcio de sus padres, bajo la rúbrica “El cuidado de los hijos”, ya que, una de las prioridades del Anteproyecto es la protección del menor en las crisis matrimoniales. En este sentido, a pesar de que este apartado también hace derroche de una nueva terminología, ajena hasta este momento al ordenamiento jurídico catalán⁹, utilizando términos como, la responsabilidad parental y el plan de parentalidad, denominaciones que han sido objeto de la mayor parte de alegaciones al Anteproyecto, y que han generado un

⁷ - Según la Exposición de Motivos, el art. 236-14 del Anteproyecto incluye una previsión que viene a dar respuesta a las necesidades de las familias reconstituidas, integradas por parejas que tienen a su cargo hijos no comunes; de modo que no sólo les faculta a intervenir en cuestiones referidas a sus educadores, necesidades ordinarias y otras determinaciones que afectan al menor, en las que frecuentemente se encuentra involucrado materialmente el cónyuge o conviviente del progenitor que le tiene a su cargo, sino que además, le permite obtener su custodia si éste muere.

⁸ - No obstante, según el art. 236-15 del Anteproyecto, el o los progenitores delegantes deben mantener el control efectivo del ejercicio de la custodia por la persona delegada. Además la delegación, que es revocable en cualquier momento, debe constar en escritura pública.

⁹ - Ya que, a pesar de que el Proyecto de Libro Segundo del *Codi Civil de Catalunya*, publicado por la Generalitat en julio de 2006, ya anticipaba esta nueva terminología, en la Exposición de Motivos, el legislador catalán señalaba que se había descartado adoptar la expresión “responsabilidad parental” -utilizada por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental-, por resultar muy amplia y poco ajustada a la tradición jurídico catalana, ya que, comprende son sólo a la potestad parental, sino a la tutela, curatela, la simple guarda y los derechos de relación y visita.

gran debate social¹⁰; dichos cambios de denominación van acompañados, en este caso, por novedades de fondo.

En este sentido, la principal novedad del Anteproyecto, va referida al plan de parentalidad, que, como señala el art. 233-8 del Anteproyecto, a efectos de determinar la modalidad de custodia, relaciones personales con los hijos y el ejercicio de la potestad parental, se trata del instrumento que obliga a los cónyuges a organizar de forma responsable, todo lo relativo al cuidado de los hijos con motivo de la ruptura matrimonial (art. 233-9 Ant.). El plan contiene las propuestas formuladas por éstos en aras a la distribución de la custodia bajo el principio de responsabilidad parental compartida¹¹.

De tal forma que en principio, la custodia se atribuye en la forma convenida por los cónyuges¹² y, sólo en defecto de acuerdo, o en caso de no ser aprobada porque resulta perjudicial para los hijos, será el juez, el encargado de distribuir la responsabilidad parental compartida¹³, a no ser que la atribución de la custodia a uno sólo de los progenitores resulte más indicada en interés del menor (art. 233-10 Ant.).

¹⁰ - Como se ha puesto de relieve en numerosos medios de comunicación, la mayoría de las alegaciones presentadas al texto del futuro *Codi Civil de Catalunya*, que afectan a las obligaciones paternas con respecto a los hijos, la custodia compartida y el régimen de visitas que se generan a raíz de las crisis matrimoniales, afectan a un término nuevo, como es “la responsabilidad parental”, que en opinión de el Presidente de la Comisión de Derecho Matrimonial y de Familia del Colegio de Abogados de Barcelona, Sr. Antonio Rubio, es un término ambiguo “ya que no queda claro si se refiere a al guarda y custodia o a la “potestad parental”.

¹¹ - En virtud del art. 233-9 del Anteproyecto, en las propuestas del plan de parentalidad se debe concretar el lugar donde vivirán habitualmente, la modalidad de relación en los periodos de tiempo en los que los progenitores no tengan la custodia, la forma de ejercer sus responsabilidades y tomar decisiones, por lo que respecta al cuidado y educación de los hijos y, las tareas efectivamente ejercerá cada progenitor.

¹² - Que pueden acordar el ejercicio conjunto de la potestad, pero también delegar su ejercicio en uno de los progenitores o incluso distribuir las funciones entre ellos, como dispone el art. 236-11 del Anteproyecto.

¹³ - Según la Exposición de Motivos, el plan de parentalidad, no sólo favorecerá la concreción de acuerdos, sino que supone la transparencia por ambas partes y estimulará el cumplimiento de los compromisos acordados por los progenitores al separarse. Por esta razón, también servirá para ilustrar al juez a la hora de atribuir la guarda a uno de ellos, o bien de forma compartida.

2. El ejercicio de la potestad parental: su posible suspensión.

En principio, según el art. 236-8 del Anteproyecto los progenitores ejercen la potestad respecto de los hijos conjuntamente, a no ser que acuerden otra modalidad o que la ley o el juez dispongan lo contrario. En este sentido, al igual que en el *Codi de Família*, mientras que en los actos de administración ordinaria y respecto a los terceros de buena fe, se presume que cada progenitor actúa con el consentimiento del otro¹⁴, con independencia de que los padres vivan juntos o separados; en realidad, la exigencia de actuación conjunta sólo rige de forma estricta en los actos de administración extraordinario, aquellos que por su trascendencia patrimonial exigen autorización judicial.

Sin embargo, los progenitores pueden acordar que la potestad sea ejercida por uno de ellos con el consentimiento del otro¹⁵, o por ambos, distribuyéndose las funciones¹⁶.

Y, como no, la potestad parental se ejerce exclusivamente por uno de los progenitores, como establece el art. 236-10 del Anteproyecto, en los casos de imposibilidad, ausencia, incapacidad del otro, a no ser que la sentencia disponga lo contrario y, por último cuando así lo dispone el juez en interés de los hijos.

Ahora bien, cuando el ejercicio de la potestad se ha atribuido a uno de los progenitores o distribuido entre ellos, el que la está ejerciendo debe informar al otro, inmediatamente, según el art. 236-12, de los hechos relevantes en el cuidado de los hijos y en relación a la administración de su patrimonio. Deber de información que con carácter ordinario, debe producirse al menos cada tres meses, al igual que en el *Codi de Família*.

El Anteproyecto también establece unos mecanismos para solventar los desacuerdos entre los progenitores: ocasionales o reiterados, en los que la decisión final también suele

¹⁴ - Es normal, por lo tanto, que en actos de necesidad urgente y, en aquellos que de acuerdo al uso social o las circunstancias familiares son realizados normalmente por una sola persona, pueda actuar cualquiera de ellos.

¹⁵ - En este sentido, según el art. 236-9 del Anteproyecto, pueden apoderarse, bien, con carácter general, siempre en escritura pública, bien, de forma especial; apoderamientos que son revocables en todo momento.

¹⁶ - En el caso de vida separada de los progenitores, como establece el art. 236-11 del Anteproyecto, los progenitores pueden someter estos acuerdos y el plan de parentalidad convenido a la autoridad judicial, que deberá aprobarlos si no son perjudiciales para los hijos. Ahora bien, los acuerdos de delegación o distribución, que no han sido incorporados a un convenio regulador, aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública, pero son revocables en cualquier momento mediante notificación notarial.

recaer en el juez; si bien, en los procesos que se sustancien por esta causa, el legislador prevé la posibilidad de someter dichas discrepancias a mediación (art. 236-13 Ant.).

Por último, el art. 236-5 del Anteproyecto contempla la posible denegación, suspensión y, modificación de las relaciones personales de los hijos con sus progenitores y, el resto de personas a quien se reconoce esta derecho; y por supuesto, no sólo faculta al juez, que también puede variar las modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes, cuando perjudica al interés de los hijos y, de concurrir otra justa causa¹⁷; porque en el caso de menores desamparados debe ser la Entidad pública, la que determine, como se llevarán a cabo las relaciones personales, e incluso suspenderlas temporalmente, en interés del menor.

Sin embargo, la posible suspensión de las relaciones personales entre los progenitores y sus hijos, prevista en este artículo, es distinta de la suspensión del ejercicio de la potestad parental, que procede automáticamente cuando se declara el desamparo de un menor y la *Generalitat* en el caso de *Catalunya* asume la tutela del mismo, regulada en el Capítulo 8 del Título II del Anteproyecto, dedicado a la protección de los menores desamparados¹⁸.

3. La privación de la potestad

La potestad está considerada como la institución idónea de protección en el ámbito familiar; sin embargo, no debe olvidarse que los titulares pueden incumplir los deberes inherentes a la misma, bien sea por acción en el ejercicio abusivo, bien sea por omisión en el abandono o dejación de funciones. En ambos supuestos, la medida protectora para el menor, debería ir encaminada a la privación de la titularidad¹⁹.

Cierto es, no obstante, que “(...) no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias

¹⁷ - Es justa causa, según este artículo, cuando los hijos son víctimas directas o indirectas de violencia.

¹⁸ - Vid. PADIAL ALBÁS, A., “La protección de los niños y adolescentes desamparados y en riesgo de exclusión social”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Valencia, 2007, págs. 67 y ss.

¹⁹ - Arts. 92, 111, 158,170 Cc. Arts. 114, 134, 136, 164 CF. Arts 65 y 66 Ley Orgánica de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género.

concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor²⁰, y lo importante de la privación “(...) es que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma”²¹.

Las causas que pueden comportar una sentencia de privación de la potestad han de estar fundadas en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes²² asumidos por los titulares en relación a los menores sometidos a la misma, dejando, con ello, un margen de interpretación a los tribunales, que apreciaran, en cada caso, la conveniencia o no de la medida protectora.

Sustancialmente, la doctrina del Tribunal Supremo²³, establece una serie de parámetros a los que debieran ajustarse las resoluciones judiciales que procedan a la privación de la potestad.

Así, indica, en primer lugar, la necesidad de que el incumplimiento ha de ser grave “(...) o de notoria importancia, para lo cual debe valorarse no sólo el hecho mismo del incumplimiento de alguno de los deberes que conforman la patria potestad, sino también su reiteración en el tiempo (Sentencia del Tribunal Supremo 6 de julio de 1996). En segundo lugar, por la trascendencia que tiene, (...) debe interpretarse restrictivamente y con las necesarias cautelas (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996)), es, podría decirse, exigible plantearse con especial rigor el juicio de necesidad y proporcionalidad de la medida, de manera que sólo cuando atendido el incumplimiento grave y su repercusión sobre el interés del menor no pueda tomarse una medida de menor entidad debe recurrirse a ella. En tercer lugar no debe valorarse específicamente la imputabilidad subjetiva (o la culpabilidad) del padre en el incumplimiento grave de los deberes propios de la patria potestad, esto es, lo trascendente es el incumplimiento y la afección que provoca en el interés del menor, sin que sea un mecanismo que sancione, al modo de normas penales, la culpabilidad en la desasistencia (Sentencia del tribunal Supremo de 20 de enero de 1993) (...). Y en cuarto lugar, debe atenderse a las circunstancias que rodeen el caso en cuestión, en particular, a la infracción del deber de velar (que supone guarda, cuidados, asistencia

²⁰ - STS nº 653/2004, 12 julio.

²¹ - STS nº 763/2004, 2 julio.

²² - Art. 136 CF, Art. 170 Cc.

²³ - STS nº 720/2002, 9 julio.

moral y material), esto es, debe valorarse la desasistencia moral y material padecida por el hijo menor: entre otras, si ha habido o no cumplimiento de las obligaciones de alimentos, si ha habido concurrencia del padre en la formación moral del hijo, si se han relacionado o han mantenido alguna clase de vínculo más o menos permanente. La valoración de la desasistencia no debe referirse a la íntegra situación del hijo menor, puesto que normalmente el otro progenitor ejercerá adecuadamente sus funciones, sino referida a la conducta imputable al progenitor de que se pretende la privación de la patria potestad”²⁴.

Sentadas estas premisas, y como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia gradúa, ante hechos similares, los supuestos de cumplimiento o incumplimiento, denegando o concediendo, en su caso, la privación solicitada.

En este sentido, un incumplimiento por ausencia de relación afectiva y/o económica, parecen no constituir causa suficiente para decretar la privación²⁵, por entender que, en ningún caso, suponen un perjuicio para el menor.

Posición contraria a la descrita, y que a nuestro juicio, atiende en mayor medida el interés o beneficio del menor, resuelven la privación de la potestad fundamentada en la misma ausencia de relación, dilucidando que, en estos casos, la medida es favorable para el menor²⁶.

A modo de reflexión, puede cuestionarse si la apreciación de no perjuicio para el sometido a la potestad, es sinónimo de beneficio.

Entendemos que no es así dado que, la constatación de no perjuicio se basa en la falta o ausencia total de relación personal, afectiva y económica, probando una clara despreocupación de los deberes de convivencia, de educación y de formación integral; y sin embargo, no debe obviarse que el progenitor que incumple estos deberes y continua siendo

²⁴ - Vid. amplia referencia jurisprudencial en TOLDRÀ ROCA, M.D., “Enfoque jurisprudencial de la potestad y su privación”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, cit., págs. 41 y ss.

²⁵ - STAP A Coruña nº 1243/1999, 8 febrero. STAP Burgos nº 263/1999, 29 abril. STAP Barcelona, 4 abril 2000. STS nº 720/2002, 9 julio. STS nº 763/2004, 2 julio. STAP Girona nº 183/2005, 4 mayo.

²⁶ - STAP Murcia nº 18/2000, 18 enero. STAP Barcelona, 16 marzo 2000. STAP Salamanca nº 308/2003, 22 julio. STS nº 998/2003, 11 octubre. STAP Girona 183/2005, 4 mayo.

titular de la potestad, está legitimado para participar en la toma de importantes decisiones con respecto a la persona y al patrimonio del menor²⁷.

3.1. Aportaciones de la futura regulación.

El Anteproyecto de Ley del “Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la familia” prevé la privación de la potestad en el artículo 236-6²⁸.

Algunas de las novedades mas relevantes es la propia interpretación legal de incumplimiento grave en los supuestos de violencia en las relaciones familiares, en consonancia con la Ley Orgánica 1/2003, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, aunque debe constatarse que la norma referida contempla no la privación, sino la suspensión de la potestad²⁹.

²⁷ - “(...) Llevat que l'autoritat judicial ho disposi altrament, el pare o la mare, que exerceix la potestad necessita el consentiment exprés o tàcit de l'altre per a decidir el tipus d'ensenyament, per a variar el domicili del fill o filla menor de manera que l'aparti del seu entorn habitual i per a disposar el seu patrimoni més enllà del que calgui per a atendre les seves necessitats ordinàries. S'entén tàcitament conferit el consentiment un cop transcorregut el termini de trenta dies des de la notificació que es faci amb la finalitat d'obtenir-lo sense que el pare o la mare que no exerceix la potestad no plantegi el desacord, conformement al que estableix l'article 138” Art. 139.4 CF

²⁸ - “1. Els progenitors poden ésser privats de la titularitat de la potestad per incompliment greu o reiterat dels seus deures. Hi ha incompliment greu si el fill o filla menors o incapacitats són víctimes directes o indirectes de violència en les relacions familiars. Tractat-se de menors desemparats, s'entén que hi ha causa de privació de la potestad si els progenitors, sense motiu suficient que ho justifiqui, ni manifesten interès pel menor o incompleixen el règim de relacions personals durant un any. 2. La privació de la potestad ha de decretar-se en un procés civil o penal i és efectiva des de la fermesa de la sentència, sens perjudici de poder acordar cautelament la suspensió del seu exercici. 3. Estan legitimats per a demanar la privació de la potestad les persones esmentades en l'article 236-3, apartat 2, i, tractant-se de menors desemparats, l'entitat pública competent. 3. Si Aixà s'ha sol·licitat a la demanda, es pot constituir la tutela ordinària en el mateix procediment de privació de potestad, prèvia audiència de les persones legalment obligades a promoure'n la constitució. 5. La privació de la potestad no eximeix el progenitor o progenitors de complir la seva obligació de fer tot el que calgui per a assistir els fills ni la de prestar-los aliments en el sentit més ampli”

²⁹ - “El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia respecto de los menores a que se refiera”, así como “(...) ordenar la suspensión de visitas para el inculpado por violencia de género a sus descendientes” Art. 66 de la Ley.

Cabe, asimismo, destacar otro supuesto de privación referido, exclusivamente, a los menores desamparados. En efecto, los titulares de la potestad podrán ser privados de la misma si no mantienen relaciones personales con los menores en el transcurso de un año, siempre que no exista causa justificada para este incumplimiento³⁰. El legislador catalán es consciente de la situación de estos menores y del abandono personal y afectivo que, en muchos casos, sufren por parte de sus progenitores. El plazo de un año parece ser tiempo suficiente para entender que, frente a la inexistencia de visitas y contactos, la privación de la potestad ha de interpretarse como un beneficio para los menores, facilitando el acceso a una posible adopción³¹.

Compartimos plenamente la delimitación de esta hipótesis apuntando que, en ningún caso, se trata de una nueva vía para proceder a la privación de la potestad, sino del establecimiento de un supuesto, concreto y específico, de incumplimiento grave o reiterado de los deberes previsto por el propio legislador.

Permítasenos apuntar de *lege ferenda*, y dada la discrepancia jurisprudencial a la que hemos aludido en las líneas precedentes, la posible toma en consideración de este argumento para las situaciones de crisis o conflictos familiares; es decir, cuando el progenitor titular de la potestad no convive con el menor y se abstiene de mantener relaciones personales con el mismo.

4. El control judicial del ejercicio de la potestad

Como ya se ha señalado, de conformidad con la legislación vigente, la Administración es el órgano público competente para prevenir y reparar las situaciones de riesgo y desamparo en la que pueden encontrarse los menores. Al respecto, cabe destacar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (arts. 12 a 22); la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del codi de família de Catalunya (arts. 164 a 166); la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció (Catalunya) y la Llei 17/2006, de 13 de novembre, integral d'atenció i dels drets de la infància i l'adolescència de les Illes Balears. La declaración de la situación de riesgo o

³⁰ - Supuestos de enfermedad, internamiento, imposibilidad de desplazamiento ect.

³¹ - Prescindiendo así de la necesidad del asentimiento de los progenitores. Art. 122, 1,b) CF

desamparo en la que se encuentra un menor puede ser revisada por la Jurisdicción. En este extremo, desempeña un papel muy importante el Ministerio Fiscal al que por mandato legal la Administración debe comunicarle la resolución adoptada, así como las medidas de protección acordadas. Pero el control de la actividad de la Administración en materia de protección de menores no es la única intervención judicial prevista por la ley. El ejercicio de la potestad por parte de los progenitores es, asimismo, objeto de supervisión por los órganos judiciales. De ahí que, en determinados supuestos, los poderes jurisdiccionales y administrativos concurren. Ante estas situaciones, cabe plantear, entre otras, las preguntas siguientes: primera, si la Jurisdicción puede otorgar una protección eficaz a los menores que se hallan inmersos en circunstancias que, según la normativa aplicable, indican riesgo o peligro para su integridad y desarrollo físicos o psíquicos; y, segunda, si la Jurisdicción dispone de los instrumentos procesales adecuados para salvaguardar a los menores que se hallen en dichas circunstancias.

A nuestro entender, las respuestas a los anteriores interrogantes se hallan en un análisis detenido del art. 134 del codi de família de Catalunya, así como del art. 158 del código civil. Pero no en un examen que consista, meramente, en una interpretación llevada a cabo desde una perspectiva teórica o científica, a la que no obstante no renunciamos, sino que por el carácter de este trabajo ha de primar un análisis de la práctica forense. La razón por la que nos centramos en los preceptos citados reside en la premisa sobre la que han sido formulados, a saber: en materia de protección de menores, la Jurisdicción ha de actuar de modo similar a como lo ha de hacer la Administración, esto es, de forma rápida, ágil e inmediata.

Los arts. 134 CF y 158 CC prevén una intervención judicial en supuestos de desprotección social de menores que puede tener lugar de oficio, a instancia del propio hijo, padre, madre, determinados parientes y Ministerio Fiscal³². Fundándose en dichas normas, el tribunal puede acordar las medidas, de carácter personal o patrimonial, que estime

³².- El Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, incluye en el capítulo dedicado a la regulación de la potestad parental, un artículo, el 236-3 cuyo contenido apenas difiere del vigente art. 134 CF. El apartado primero dispone: “L’autoritat judicial, en qualsevol procediment, pot adoptar les mesures que estimi necessàries per a evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial al fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i fins i tot nomenar un administrador judicial”. Y el apartado segundo prevé: “Aquestes mesures poden ser acordades d’ofici o a instància dels mateixos fills, dels progenitors, encara que no tinguin l’exercici de la potestat, dels fills, dels altres parents fins al quart grau per consanguinitat o segon per afinitat i del ministeri fiscal”.

oportunas con el fin de alejar al menor de cualquier peligro o de evitarle perjuicios. La adopción de tales medidas puede proceder en un proceso civil, un proceso penal o un expediente de jurisdicción voluntaria. La eficacia de los anteriores preceptos deriva, a nuestro juicio, del amplio margen de discrecionalidad que otorgan al tribunal y que se hace patente en los presupuestos para decretar las medidas de protección, el contenido de las mismas, la legitimación para solicitarlas y los procedimientos a través de los que se han de acordar. Ello permite que las medidas no sólo cumplan con la función de control del ejercicio de la potestad, sino que además logren desarrollar otras funciones, como la de asistencia a los progenitores o la de resolución de conflictos, que son un elemento importante a tener en cuenta en la compleja tarea de garantizar y asegurar los derechos e intereses de los menores.

En el ámbito de la jurisdicción civil, las medidas frente a supuestos de desprotección social de menores pueden establecerse en procesos de jurisdicción contenciosa, así como en expedientes de jurisdicción voluntaria. En los primeros, aquéllas suelen complementar o tener carácter accesorio a la pretensión principal; nos referimos, por ejemplo, a las medidas cautelares en los procesos de filiación (arts. 100 CF y 768 LEC) y a las medidas previas y provisionales en los procesos matrimoniales (arts. 771 a 773 LEC). Por el contrario, en los expedientes de jurisdicción voluntaria, las medidas que se acuerdan constituyen, en la mayoría de los casos, el objeto principal del expediente.

Las resoluciones judiciales analizadas ponen de manifiesto que en jurisdicción contenciosa, los tribunales de primera instancia aplican los arts. 134 CF y 158 CC tanto en procesos cuya tramitación no depende de la existencia de una probable situación de riesgo o de desamparo para el menor (entre otros, procesos matrimoniales, sobre capacidad de las personas y filiación), cuanto en procesos cuya razón de ser consiste en poner remedio a esa situación. De estos últimos, hemos de destacar: los procesos de privación de la potestad y remoción de la tutela; el proceso de exclusión de funciones tuitivas y derechos del adoptante; el proceso sobre alimentos, guarda y custodia de los hijos menores; y el proceso de oposición a las resoluciones administrativas. Por su parte, el estudio de resoluciones judiciales dictadas por tribunales de segunda instancia muestra que, en un buen número de ocasiones, hay profundas discrepancias con las resoluciones dictadas, en el mismo pleito, por los tribunales de primera instancia, esencialmente, en lo relativo a la valoración de los

dictámenes periciales y las actuaciones de la Administración. Es cierto que el resultado de la pericia ha de ser ponderado por el magistrado según las reglas de la sana crítica y que el Tribunal Supremo concede al principio del interés superior del menor la categoría de concepto jurídico indeterminado cuya interpretación y consecuencias pueden ser revisadas por tribunales superiores (cfr. entre otras, STS, Sala 1ª, de 23 de mayo de 2005 –RJ 2005\4139-), no obstante debe ser subrayado que el fundamento jurídico en el que los tribunales de segunda instancia basan sus decisiones no es otro que el conjunto de poderes que les atribuyen los arts. 134 CF o 158 CC.

La relevancia de estos artículos vuelve a ponerse de manifiesto en la ejecución de las resoluciones firmes. Así, con apoyo en dichos preceptos, y pese a que el art. 118 CE obliga a cumplir las sentencias y las demás resoluciones firmes de los tribunales, no es infrecuente que el Juzgado competente para ejecutar tales resoluciones acuerde la suspensión de la ejecución o la adopción de medidas diferentes a las ordenadas en la resolución firme haciendo imposible su ejecución. En materia de protección de menores, el transcurso del tiempo genera la consolidación de estados que devienen difícilmente reversibles. Este es el motivo por el que, en función de los actos adoptados por el tribunal de ejecución, sea perjudicial para el menor ejecutar la resolución en sus propios términos. Un claro ejemplo de lo que acabamos de exponer se halla en las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, de 12 de junio de 2000 (JUR 2000\283139) y de 26 de diciembre de 2002 (JUR 2003\147679)³³.

La intervención judicial en los expedientes de jurisdicción voluntaria responde, de un lado, a una imposición legal fundada en los caracteres que definen a la Jurisdicción: independencia, imparcialidad y desinterés objetivo. De otro lado, la inexistencia de partes confrontadas, los amplios poderes de dirección material del tribunal y la ausencia de cosa juzgada de las resoluciones que ponen fin a los expedientes de jurisdicción voluntaria justifican su tramitación en asuntos relativos a persona (menores) y familia, pues, en ellos

³³.- No han sido las únicas resoluciones judiciales dictadas en relación con los hechos concretos de ese caso. La ineludible sustitución de la condena de hacer (devolver a la madre la guarda y custodia de sus hijos) por una condena pecuniaria comportó que la Administración condenada interpusiera demanda de amparo por entender que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias de acuerdo con lo que en ellas se dispone. En opinión del demandante, el tribunal de ejecución sobrepasó los límites de la sentencia de condena al fijar el importe total de la indemnización debida a la madre. El recurso de amparo fue desestimado por la STC 11/2008, Sala Segunda, de 21 de enero.

el interés público prima sobremanera sobre el privado³⁴. Además permiten que la reacción judicial frente al incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad se produzca con celeridad y eficacia. Una posición contraria a la previsión de expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de persona y familia puede apoyarse en que no se construyen sobre la base del principio de igualdad de partes y no poseen una estructura contradictoria. Pese a ello, hay que recordar que los derechos procesales del solicitante, en particular del menor, así como las garantías en la tramitación del expediente hallan su fundamento en el art. 24 CE y en la Ley Orgánica 1/1996. En concreto, el menor tiene derecho, también en los expedientes de jurisdicción voluntaria, al asesoramiento y la orientación previa al inicio del procedimiento; al acceso a la jurisdicción, expresado, por ejemplo, en el nombramiento de un defensor judicial; a una adecuada defensa por lo que, antes de darle audiencia, debe ser informado, si posee suficiente juicio, de las consecuencias tanto de sus propios actos cuanto de la decisión judicial, debiendo ser asistido en sus declaraciones/exploración por expertos y, si es preciso, por intérpretes; finalmente, han de adoptarse las decisiones idóneas para proteger su intimidad y seguridad (por ejemplo, celebrar las comparecencias a puerta cerrada y otorgar a las actuaciones el carácter de reservadas).

La práctica forense ha revelado la virtualidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria para hacer frente a la vulneración de los derechos de los menores por sus propios progenitores. Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar su sustanciación en los supuestos siguientes: falta de acuerdo de los progenitores respecto a la salida de los hijos del territorio estatal; necesidad de asegurar el derecho de las hijas a la integridad física y psíquica ante fundados indicios de práctica de mutilación genital; para garantizar el derecho de los menores a la escolarización; con la finalidad de fijar un régimen de comunicación y visitas a los familiares de los menores; en orden a garantizar el derecho de los hijos a ser cuidados por sus progenitores en los casos de sustracción internacional y para hacer efectivo el derecho de los hijos a no convivir con los progenitores autorizando el ejercicio de la guarda y custodia por familiares. Sin embargo, debe puntualizarse que la jurisdicción voluntaria

³⁴.- Cfr. GUZMÁN FLUJA, V. C. y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Madrid, 2000, págs. 56 a 68; GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, 2ª ed., Valencia, 2006, págs. 119 a 176; SERRANO MASIP, M., “La protección del menor en situación de riesgo o de desamparo por los órganos judiciales: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, cit., págs. 171 a 183.

presenta, actualmente, un grave defecto que es la inseguridad jurídica en la que sitúa al justiciable. Nos referimos a la inobservancia del principio de legalidad, pues, no se establece de forma indubitada en qué casos debe tramitarse un expediente de jurisdicción voluntaria y en qué supuestos un proceso contencioso. Es de esperar que el gobierno, o el legislador, elaboren una ley de jurisdicción voluntaria tan completa y precisa como se hizo en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006.

Son varias las conclusiones que cabe extraer de la regulación vigente y de lo expuesto en relación con la intervención judicial en supuestos de desprotección de menores ocasionados por el incumplimiento de los deberes propios de la potestad. A nuestro parecer, debe ser subrayado en primer lugar, que los presupuestos de la intervención judicial son más amplios que los de la actuación de la Administración, pues, aluden a la mera existencia de hechos de los que se deriven o puedan derivarse perjuicios para los hijos³⁵. En segundo término, es razonable afirmar que la Jurisdicción dispone de las vías procesales aptas para actuar de manera adecuada a las exigencias que impone la protección de los menores. Y, finalmente, dándose circunstancias que generen incertidumbres en punto a determinar si es competente la Administración o la Jurisdicción, ésta última debe tomar la iniciativa coordinando sus actuaciones con la Administración por medio del Ministerio Fiscal. Casi podríamos decir que no cabe otra opción: lo exige el principio del interés superior del menor.

³⁵.- Así lo concibe también el gobierno de Cataluña ya que en el art. 236-5 del Anteproyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña da poderes al tribunal para que deniegue o suspenda el derecho de los progenitores a mantener relaciones personales con los hijos si incumplen sus deberes, si tales relaciones pueden perjudicar los intereses de los hijos o si concurre justa causa (esto es, cuando los hijos víctimas directas o indirectas de violencia doméstica).