

# Tutela de personas incapacitadas

legislación, experiencias  
y  
perspectivas de futuro



Jornada subvencionada por

---



**kutxa**



**Gipuzkoako Foru Aldundia**  
**Diputación Foral de Gipuzkoa**

Gizartekintza  
Departamento de Servicios Sociales



**Donostiako Udala**  
**Ayuntamiento de San Sebastián**

Gizarte Ongizateko Departamentua  
Departamento de Bienestar Social

# Tutela de personas incapacitadas

legislación, experiencias  
y  
perspectivas de futuro



# Pertsona ezgaituen tutoretza

legeria, esperientziak  
eta  
etorkizuneko perspektibak

© Hurkoa Fundazioa  
Paseo Arbol de Gernika, 16 bajo  
20006 Donostia (Gipuzkoa)  
Tel.: 943 46 89 56  
Fax: 943 46 67 14  
E-mail: [hurkoafund@euskalnet.net](mailto:hurkoafund@euskalnet.net)

Déposito Legal:

Portada y maquetación: Joxean Apeztegia

# Tutela de personas incapacitadas

legislación, experiencias  
y  
perspectivas de futuro

Hunkoa  
fundazioa

# Índice

Aurkezpena.....	9
Presentación .....	13
PONENCIAS .....	17
“La tutela de los incapacitados y el nombramiento de tutor. Las posibilidades de la <i>autotutela</i> ” Jacinto Gil Rodríguez .....	19
“La defensa de las personas incapaces: perspectiva judicial” Ignacio José Subijana Zunzunegi .....	41
“El procedimiento de declaración de incapacidad y el Ministerio Fiscal” David Calzada Rodríguez.....	53
“Los sistemas de protección de incapaces, la tutela” Patxi Uriz Juango.....	71
“Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal” José M <sup>a</sup> Segura Zurbano .....	89
“Diez años de experiencia en Fundación Hurkoa” Evelia Cantera Salvador .....	111

MESA REDONDA.....	125
Fundación Hurkoa. Susana Montesino Sánchez.....	127
Fundación tutelar Atzegi. José Luis Basoco Eizaguirre.....	137
Fundación tutelar Gorabide. Francisco Javier Elorriaga Ibarrola .....	149
Asociación Aguifes. Mayte Etulain Garbayo .....	157



## **Aurkezpena**

1990eko udazkenean, ELIZBARRUTIKO CARITASEK HURKOA Fundazioa sortzeko erabakia hartu zuen, babesgabe egoeran dauden menpeko adinekoen alorrean fundazio tutelar gisa lanean jardunez. Hau egitea bultzatu zuten arrazoiak ondorengo hauek ziren: Caritasek babesgabe egoeran zeuden adineko pertsonak atzeman eta behar zuenari laguntza emateko, legearekin bat datorren lanabes bat sartu; honen bidez aipatu berri ditugun adinekoen laguntza ematea eta hauen egoera pertsonalaren jarraipena bideratuz. Ez ziren gutxi (eta geroz eta gehiago dira) adin jakin batera iritsi ondoren familiaren ia laguntzarik gabe bizi zirenak. Kasurik hoberenean, beste adineko edo borondate oneko bizilagunak zaintzen dituzte baina askotan inolako euskarri legalik gabe. Denok ezagutzen dugu pertsona hauek biktima bilakatu direneko kasuren bat, iruzur nahiz gehiegikeriengatik zituzten baliabiderik (urriak ala ez) gabe ia utziz, ondorioz, laguntza publiko edo pribatuak zainduz.

Marku hau abiapuntutzat hartuta, HURKOA Fundazioak bere ibilerari



hasiera eman zion eta babesgabeko adinekoek pairatzen dituzten kasu antzekoak beste edozein adinetako pertsonengan ere azaltzen zirela ohartu zen, aurrekoen ezaugarri berbereko laguntza behar dutela ikusiz, ondorioz bere alorreko definizio estatutorioa beste edozein pertsonengana luzatuz, zeinek babesgabeak izaki, ez dute bere eskubideen defentsaz arduratuko diren lotura familiar edo instituzionalik.

Gaur egun Fundazioak egoera honetan esku hartzen du, honen lehentasuna bere kabuz erabakiak hartzeko gai ez diren pertsonen eskubideen defentsa izanik:

- Lehendabizi, familiak aholkatzen eta elkarlaguntzen.
- Babesgabe egoera somatzean, ingurune familiarrean beraien zaintzaz arduratuko den norbait aurkitu eta tutore izendatutakoan aholkatu.
- Bere inguruan honen tutelaz arduratuko den inor ez aurkituz gero, bere babes judizialaz arduratu eta, kasuan kasu, aurretiazko erabaki judizialaren arabera, pertsona horren tutela edo kuratela beregain hartuz.

Tutela eskuratu eta gero, Fundazioaren helburua ahal den neurrian, erabateko legearen babesa duen erantzuna nahiz ordezkari tutelaren bidez gertuko harrera eta jarraipeneko zerbitzu integral bat ziurtatzea da; egon daitezkeen ondasunak administratzera soilik mugatzeko ez den zerbitzu bat (epai bidezko gainbegiratze zorrozpean egiten dena), era berean joaz, argi ikusten den bezala, egokiak diren zerbitzu publiko edo/eta pribatuetara bere ongizate eta zaintza berezitua lortzeko asmotan.

1999. urtetik geroztik HURKOAK Laguntza Etxea eta Nuestra Sra. de Las Mercedes Eguneko Etxeen kudeaketa beregain hartu ditu gainera, ordurarte CARITASEK administratzen zituen zuzen-zuzenean.

Azken 10 urteotan, Jose Maria Seguraren lehendakaritzapean Fundazioan parte hartu dugunok, une ugarietan ondorengo egiaztatzeko aukera izan dugu:

- Tutela edo kuratelaren esanahi eta irispidearen ezezagupen hedatua (eta ez jendeaurrekoan orokorrean soilik).
- Tutela nahiz kuratelaren alorrean indarrean dagoen legegintzak dituen gabeziak eta hutsuneak.
- Bere puntu ilun ugariak.
- Egoera askotan sortzen diren zalantzak, baita organu judizialetan ere, gai honen inguruan ez baitituzte irizpide finkatu eta uniformerik.

Arrazoi honengatik, orain dela hilabete batzu, Fundazioak ere bere laguntza eskaini behar zuela alor honetan iruditu zitzaigun, modu honetan ondorengo ekintzetara zuzenduta dauden topaketak eginez:

- Erakunde tutelarraren zentzua ezagutarazi,
- alderdi juridiko nahiz prozesalean sakondu eta,
- gu bezala, alor honetan lan egiten duten beste zenbait erakundeekin hainbat bizikunen trukaketa bultzatu.

Gauzak honela, 2000.eko urriaren 5ean egin zen jardunaldiaren helburua pertsona ezgaituen tutelak sortzen dituen arazoan azterketa izan zen, ikuspegi juridiko nahiz judizialaren aldetik, hala nola bizikizunen bidetik, eta hau guztia etorkizunean erakundeek nahiz gizarteak geroz eta gehiago eskatzen duen ekintza honetan ikuspegi berriak sortzeko nahiarekin.

Jardunaldiako egitaraua ondorengoaren zera da:

## GOIZEKO SAIOA

### 09:30 **Inaugurazio eta aurkezpena**

Mertxe Agundez And., Ararteko zereginean. Maximo Goikoetxea Jna., Gizartekintzako Diputatua, Gipuzkoako Foru Aldundia. Susana Garcia And., Donostiako Udaletxeko Gizarte Ongizateko Zinegotzia. Felix Azurmendi Jna., Elizbarrutko Caritaseko Gotzain ordezkaria. Jose Luis de la Cuesta Jna., Hurkoa Fundazioko Lehendakaria.

### 09:45 **“Ikuspegi legislatiboa”.**

Jacinto Gil Irak. Dokt., EHU/UPV ko Zuzenbide Zibileko katedraduna.

### 10:45 **“Ikuspegi judiziala”.**

Ignacio Jose Subijana Jna., Magistratu Epailen Dekanoa. Donostiako Auzitegia.

### 12:00 **“Ikuspegi fiskala”.**

Patxi Uriz Jna. Eta David Calzada Jna. Donostiako Auzitegi Probintzialeko Fiskalak.

### 13:00 **“Ezgaitasun ezberdinak: legeko arauketa baten beharrak”.**

Jose M<sup>a</sup> Segura Jna. Notarioa.

## ARRATSALDEKO SAIOA

- 16:15     **“Hurkoa Fundazioa: 10 urteko esperientzia”.**  
Evelia Cantera And.. Gizarte laguntzailea.
- 17:00     **Mahaingurua.**  
Hurkoa Fundazioa, Susana Montesino And., Atzegi Fundazioa,  
Jose Luis Basoco Jna., Gorabide Fundazioa, Francisco Javier  
Elorriaga Jna., Agufes Elkartea, Mayte Etulain And.
- 19:00     **Amaiera.**  
Esther Larrañaga And., Gipuzkoako Foru Aldundiko  
Gizartekintzako Zuzendari Orokorra. Edorta Azpiazu Jna.,  
Donostiako Udaletxeko Gizarte Ongizateko Zuzendaria.  
Begoña Arroyo And., Elizbarrutiko Caritaseko Idazkari  
Orokorra. Jose Luis de la Cuesta, Hurkoa Fundazioko  
Lehendakaria.

Irakurleak bere eskuetan duen argitalpenak jardunaldian aurkeztutako ponentzi eta kontribuzioak jasotzen ditu, bere hedapena oso interesgarria iruditu zaigularik.

HURKOA FUNDAZIOAk ponente eta parte hartzaile guztiak eskertzen ditu bere partehartzeagatik. Modu berezian eskertu nahi du ere Gizartekintza (Foru Aldundia), Donostiako Udaletxea nahiz Kutxak emandako laguntza.

Jose Luis de la Cuesta Arzamendi.  
Hurkoa Fundazioko lehendakaria.



## **Presentación**

En otoño de 1990, CÁRITAS DIOCESANA tomó la decisión de crear la Fundación HURKOA, como fundación tutelar dedicada a trabajar en el área de las personas mayores dependientes en situación de desamparo. Las razones que le impulsaron fueron varias: crear un instrumento que, con pleno respeto de la legalidad, permitiera encauzar adecuadamente la intervención asistencial y de seguimiento de su situación personal, de aquellas personas mayores que CÁRITAS detectaba en situación de desamparo y sobre las que consideraba debía intervenir. Eran ya no pocas (y cada vez son más) las personas que, llegadas a cierta edad, viven sin un apoyo familiar suficiente, atendidas en el mejor de los casos por otras personas mayores o por vecinos de buena voluntad, pero frecuentemente actuando sin ningún soporte legal. Todos conocemos casos en los que estas personas resultan víctimas, lamentablemente, de abusos y fraudes que les dejan prácticamente sin los recursos (escasos o no) que tenían, debiendo pasar a ser atendidos por la asistencia pública o privada.

A partir de este marco, la fundación HURKOA comenzó su andadura y fue constatando que casos similares a los de las personas mayores desamparadas se dan en sujetos de otras edades, que precisan de una intervención asistencial de las mismas características que las anteriores, ampliando la definición estatutaria de su ámbito de actuación a “cualesquiera otras personas que, siendo incapaces, no tengan otros vínculos familiares o institucionales que puedan ocuparse de la defensa de sus derechos”.

Éste es el marco en el que la Fundación interviene en la actualidad, marcándose como tarea prioritaria la defensa de los derechos de las personas realmente incapaces de tomar decisiones por sí mismas:

- En primer lugar, asesorando a las familias (y colaborando con ellas).
- Detectada una situación de desamparo, buscando en el entorno familiar, a personas que puedan ocuparse de su atención, y a las que se asesora a los efectos de su designación como tutores.
- En caso de no hallar en el entorno personas disponibles a ejercer la tutela, preocupándose de su defensa judicial y, en su caso, previa decisión judicial, asumiendo su tutela o curatela.

Otorgada la tutela, el objetivo de la Fundación es asegurar, en lo posible, una respuesta con pleno respaldo legal y un servicio integral de acogida y seguimiento cercanos a través de los delegados tutelares; un servicio, por tanto, no limitado a la administración de los posibles bienes (que se realiza bajo estrecha supervisión judicial), y en que también se recurre, como es obvio, a los servicios públicos y/o privados adecuados para lograr su bienestar y atención especializada.

A partir de 1999 HURKOA ha asumido, además, la gestión de los Centros de Día de Laguntza Etxea y de Nuestra Señora de las Mercedes, hasta entonces administrados directamente por CÁRITAS.

Durante los últimos 10 años son muchos los momentos en los que quienes participábamos en la Fundación, bajo la presidencia de D. José María Segura, hemos tenido ocasión de constatar:

- El extendido desconocimiento del significado y alcance de la tutela y curatela (y no sólo en el público en general);
- Las carencias e insuficiencias de la legislación vigente en materia de tutela y curatela;
- Sus múltiples puntos oscuros;

- Las dudas que se suscitan en no pocos casos, hasta en los propios órganos judiciales, faltos de criterios asentados y uniformes en la materia.

Es por ello que hace ya algunos meses pensamos que correspondía también a la Fundación prestar su contribución en este ámbito, propiciando la celebración de encuentros dirigidos a:

- Dar a conocer el sentido de la institución tutelar,
- profundizar en los aspectos jurídicos y procesales, y
- potenciar el intercambio de experiencias con otras instituciones que trabajan, como nosotros en este ámbito.

En este marco, el objetivo de la Jornada organizada el día 5 de Octubre de 2000 se centró en el examen de la problemática de la tutela de las personas incapacitadas tanto desde la perspectiva jurídica y judicial, como desde la experiencia y todo ello con el deseo de abrir nuevas perspectivas de futuro para una actividad, cada vez más demandada institucional y socialmente.

El programa de la Jornada fue el siguiente:

## SESIÓN DE LA MAÑANA

09:30 **Inauguración y Presentación.**

Dña. Mertxe Agúndez, Ararteko en funciones. D. Máximo Goikoetxea, Diputado de Gizartekintza, Diputación Foral de Gipuzkoa. Dña. Susana García, Concejala de Bienestar Social del Ayto. de Donostia. D. Félix Azurmendi, Delegado Episcopal de Cáritas Diocesana. D. José Luis de la Cuesta, Presidente de Hurkoa Fundazioa.

09:45 **“La perspectiva legislativa”.**

Prof. Dr. D. Jacinto Gil, Catedrático de Derecho Civil de la UPV/EHU.

10:45 **“La perspectiva judicial”.**

D. Ignacio José Subijana, Magistrado Juez Decano. Audiencia de San Sebastián.

- 12:00      **“La perspectiva fiscal”.**  
D. Patxi Uriz y D. David Calzada, Fiscales de la Audiencia Provincial de San Sebastián.
- 13:00      **“Las distintas incapacidades: necesidades de una diferente regulación legal”.**  
D. José María Segura, Notario.

## SESIÓN DE LA TARDE

- 16:15      **“Fundación Hurkoa: 10 años de experiencia”.**  
Dña. Evelia Cantera, Trabajadora Social.
- 17:00      **Mesa redonda: “La práctica de la tutela”.**  
Fundación Hurkoa, Dña. Susana Montesino. Fundación Atzegi, D. José Luis Basoco. Fundación Gorabide, D. Francisco Javier Elorriaga. Asociación Aguifes, Dña. Mayte Etulain.
- 19:00      **Clausura.**  
Dña. Esther Larrañaga, Directora General de Gizartekintza de Diputación Foral de Gipuzkoa. D. Edorta Azpiazu, Director de Bienestar Social del Ayto. de Donostia. Dña. Begoña Arroyo, Secretaria General de Cáritas Diocesana. D. José Luis de la Cuesta, Presidente de Hurkoa Fundazioa.

La publicación que el lector tiene en sus manos recoge las ponencias y contribuciones presentadas en la Jornada, cuya difusión nos ha parecido del mayor interés.

La FUNDACIÓN HURKOA agradece a todos los ponentes e intervinientes su participación. También desea agradecer de manera especial el apoyo recibido desde Gizartekintza (Diputación Foral) y el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, así como por parte de la KUTXA.

José Luis de la Cuesta Arzamendi  
Presidente de Hurkoa Fundazioa

# Ponencias





LA TUTELA  
DE LOS INCAPACITADOS  
Y  
EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR.  
LAS POSIBILIDADES  
DE LA 'AUTOTUTELA'

JACINTO GIL RODRÍGUEZ

---

Catedrático de Derecho Civil

Ante todo, y sin que represente puro formulismo, es obligado que comience dando las gracias a los organizadores de esta Jornada, y en concreto, al Presidente de la Fundación HURKOA, por la oportunidad que me ha ofrecido de comparecer ante ustedes.

Con el mismo carácter preliminar, sin embargo, debo hacerles partícipes de mi preocupación por la diversidad profesional del auditorio, siendo así que, lo consabido o superfluo para los abogados, es justamente lo que puede mantener la atención del público no especializado. En todo caso, atendido el presumible interés de HURKOA –cuyo décimo aniversario motiva este encuentro-, he optado por un enfoque jurídico que, no obstante, pudiera ser asequible a quienes no han cursado los estudios de Derecho. A ustedes, les corresponde juzgar sobre el grado en que haya podido alcanzar este propósito.

## **La persona: su dignidad y su gobierno**

Antes de llegar a otras cuestiones más concretas, conviene que traigamos a colación las premisas conceptuales o fundamentos teórico-jurídicos que han de servirnos para juzgar la atención y preocupación del Derecho civil por el ser humano en general y, muy singularmente, por quienes consideramos “discapacitados”.

Empezaré presentándoles el Derecho civil como aquella parte del Ordenamiento jurídico que se interesa por los individuos, con independen-

cia de cualquier otra consideración. Se ocupa, por tanto, de lo que toda persona es o puede llegar a ser en este mundo, el hombre o mujer que nace, vive, individualmente o en familia, posee y utiliza bienes, contrata servicios, fallece y deja herederos.

En principio, todo ser humano nacido con los requisitos naturales que especifica el artículo 30 del Código civil deviene sujeto de derechos. Esto equivale a decir que el ordenamiento jurídico considera a todos, desde que nacen (y aún antes, en lo que les pueda ser favorable: art. 29 CC) punto esencial de referencia o centro de imputación y atribución de relaciones jurídicas. En ese aspecto, es decir, como personas, todos somos iguales para el Derecho, sin consideración a las circunstancias particulares que proscriben al máximo nivel el artículo 14 de la Constitución de 1978, y entre las que se cita, amén del nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Al objeto de expresar este común denominador de la especie humana [esta personalidad, que decían los codificadores], se utiliza el cliché que denominamos capacidad jurídica y que no significa otra cosa que la aptitud o idoneidad de toda persona, por el solo hecho de serlo, para devenir titular de relaciones jurídicas, o sea, para ser y aparecer como sujeto de derechos. En este estadio, como pueden comprender, el Derecho civil resuelve fácilmente el problema. Sólo tiene que decir quién es persona y cuándo deja de serlo. “El nacimiento determina la personalidad”; “se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno” (arts. 29 y 30 CC). “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas” (art. 32). Dicho de la manera más llana: el nacimiento y la muerte dibujan –también, jurídicamente- el principio y fin de la persona. Por regla, ni antes ni después se tiene personalidad, se es sujeto de derechos. Pero sí ‘mientras tanto’, o sea, durante toda la vida, pase lo que pase.

Con tales declaraciones, por importantes que sean, el Derecho no ha pasado de la perspectiva estática de la convivencia. Ha dicho solemnemente que toda persona está en la comunidad, formando parte de ella y que ha de ser tenida en cuenta. En otras palabras, que a todos corresponden los derechos fundamentales y/o derechos de la personalidad, y que cualquiera puede ser titular de situaciones jurídicas favorables (derechos e intereses legítimos) e incluso desfavorables (deberes y obligaciones), o lo que es lo mismo, ser propietario de un piso o tener que indemnizar el daño causado por su ruina.

Pero, una cosa es tener la titularidad de los derechos y otra encontrarse habilitado para gestionarlos personalmente, para ‘governarse por sí mismo’. Ahora se trata de estructurar jurídicamente la perspectiva dinámica de la convivencia humana. No hablamos de capacidad teórica [capacidad jurídica] sino de capacidad real, a la que se denomina capacidad de obrar.

## **Situaciones típicas de carencia y sus remedios tópicos**

Puede asegurarse que constituye constante histórica la negación de capacidad de obrar a los menores de una determinada edad y la privación ulterior de la misma a quienes, habiendo superado aquella edad, no gocen de posibilidades efectivas de autodeterminación. Así es que, de Roma a nuestros días –si se hace caso omiso de otras incapacidades vergonzantes felizmente superadas-, se ha conocido una incapacidad ‘natural’ y otra que, por no resultar de la naturaleza misma, necesita ser ‘declarada’. Aquélla afecta a cualquier persona en los años más tiernos y sus carencias se suplen, también con ‘naturalidad’, por los propios padres a quienes el Derecho reviste de la función que se conoce con el nombre de patria potestad.

En ausencia de padres y para el caso, excepcional, en que se declare judicialmente la incapacidad de un ‘mayor’, el Derecho tiene predispuestos otros instrumentos de protección y guarda de la persona [básicamente, la tutela].

Analizada la cuestión en perspectiva histórica, se reconocen varios tipos de guarda. El modelo que siempre se ha conocido recibe la denominación de ‘tutela’ y se halla pensado para sustituir a la patria potestad –menores huérfanos- y para proteger a los mayores completamente incapacitados. El otro tipo, del que a veces se ha prescindido, se conoce como ‘curaduría’ o ‘curatela’ y se aplica a quienes disfrutan de alguna dosis de autogobierno: menores emancipados e incapacitados parcialmente.

Desde otra perspectiva, también venía siendo habitual diferenciar, dentro del tipo o figura, y especialmente en la tutela, en atención a quién fuera el sujeto a proteger. Así hemos estado acostumbrados a precisar si se hablaba de tutela por razón de minoría de edad o por causa de incapacidad.

Mas, si nos ceñimos al momento presente, habría que subrayar cómo la última gran reforma que se operó en el Código civil por la Ley 13/1983, de

24 de octubre, volvió a la tradición en lo que respecta a la duplicidad de figuras –recuperando la ‘curatela’- y vino a refundir los preceptos relativos a menores y los antes dedicados a los incapacitados.

Ahora bien, junto a esta ‘refundición’ de la tutela de menores y de la de incapacitados, la propia reforma procuró una posibilidad de mucho mayor interés en los supuestos de incapacitación de mayores: consagró su dosificación. Quiero decir, y me interesa detenerme en ello, que la declaración de incapacidad ya no tiene por qué ser ni total ni definitiva. No supone, ni mucho menos, reducir al declarado incapaz a un estado de inutilidad absoluta y “pret a porter” o de serie, sino –ahora que cabe la graduación- de poner en términos jurídicos, exactamente y gracias al peritaje pluridisciplinar, las aptitudes y carencias que el discapacitado tiene con independencia de la declaración. Consiste en confeccionarle y permitirle que porte, en su propio beneficio, una radiografía jurídica de su capacidad natural.

Así lo disponía imperativamente el Código civil, al exigir que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta” (art. 210). Pero, es que, además, esta medición y fijación jurídicas de las posibilidades del incapacitado, aunque tengan duración indefinida, no son necesariamente vitalicias, toda vez que –como el propio Código se preocupaba de advertir: art. 212- aquella sentencia “no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda (y deba) instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Aunque las afirmaciones se redacten en tiempo pasado, ha de saberse que su contenido no va a cambiar en nada con la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En efecto, los nuevos preceptos de la Ley rituarial, no obstante derogar aquellos artículos del Código civil, han venido a perpetuar su contenido normativo. En lo que a la derogación respecta, recuérdese cómo la Disposición Derogatoria Única 2.1º deja sin vigor, por lo que ahora importa, “los artículos 202 a 214, incluido; 294 a 296, incluido, y 298”. Por lo demás, las reglas que vienen a sustituir a los preceptos derogados se recogen en los artículos 760.1 y 761.1 LEC. El primero de los preceptos establece exactamente esto: “1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”. Y el apartado correspon-

diente del nuevo artículo 761 previene que “1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Añadiré que, si la propia incapacitación es en todo momento graduable o ajustable, puede suceder que el incapacitado necesite –y la propia sentencia de incapacitación habrá de precisarlo, como recuerda el transcrito art. 760.1 LEC- de una institución u otra de las que el Código ofrece. En ocasiones, estará indicado dotarle del mecanismo propiamente ‘tutelar’ y, en otras circunstancias, será suficiente con proporcionarle la asistencia o refuerzo que representa la ‘curatela’.

Pero, lo que no se pone en duda es que, en cualquiera de las hipótesis, será fundamental, si se piensa –y es preceptivo hacerlo: art. 215 CC- en el beneficio del incapacitado, que se acierte con la persona más idónea para el desempeño del cargo, especialmente, cuando hablemos de encontrar el tutor más idóneo.

Aun cuando las mismas normas rijan la designación de tutor y la de curador, no cabe duda de que, atendida la consistencia de cada uno de los cargos, el acierto deviene fundamental cuando se elige tutor. Recuérdese, a este propósito, cómo la tutela es la institución más completa y permanente, puesto que el tutor representa (sustituye) al pupilo tanto en su esfera personal como en el ámbito de lo patrimonial. Mediante la curatela, en cambio, únicamente se asiste a los parcialmente incapacitados en actuaciones concretas. El curador nunca representa o sustituye al interesado, sino que es éste quien actúa ‘ayudado’ o ‘complementado’ por aquél.

## **Delación de la tutela y nombramiento de tutor**

### **Personas llamadas al desempeño de la tutela**

A diferencia de la patria potestad que, siendo función privativa de la paternidad y maternidad, sólo precisa la determinación legal de quiénes se consideran padre y madre para que tales padres queden revestidos de aquélla (“Los hijos no emancipados –espeto el art 154.I- están bajo la potestad del padre y de la madre”), la institución tutelar requiere la previa delimitación del círculo de personas llamadas a desempeñar tal función y una ulterior

actividad de nombramiento e investidura a alguna (o algunas) de aquéllas para que efectivamente la ejerza.

En el sistema vigente, asume la delimitación previa el propio legislador, que señala las personas preferidas para el nombramiento de tutor (art. 234), y encomienda la ulterior concreción a la autoridad judicial, a quien compete elegir (y nombrar) al tutor más idóneo para ese concreto pupilo (arts 234.II, 235 y 242).

Tradicionalmente y, sobre todo, pensando en la tutela de menores, se venían identificando tres maneras de ‘ser promocionado’ al cargo de tutor. Y es de subrayar que dicha promoción representaba una ‘delación’ en sentido técnico jurídico, porque al ‘promocionado’ le bastaba ‘aceptar’ –como al heredero– para quedar investido del cargo de tutor.

La primera de las vías daba origen a la forma más antigua de tutela, a la tutela testamentaria, por cuanto el propio titular de la patria potestad dejaba seleccionada la persona que, continuando con el cometido protector que le correspondía al progenitor y ya no podría atender, desempeñaría la tutela de sus hijos menores de edad. Faltando la referida previsión del paterfamilias, el llamado a la tutela –que podía decirse legítima– resultaba ser el pariente más próximo y –por ello– el más interesado en la guarda de los bienes del menor o incapacitado, entretanto se abriera la sucesión a su favor. Abunda entre los estudiosos, en efecto, el subrayado de esta función ‘cautelar’ en la primitiva tutela legítima, cuyos llamamientos se disciplinaron ‘en beneficio’ del propio tutor. Quien no hubiera recibido tutor ‘testamentario’ ni lo tuviera ‘legítimo’, quedaría sometido a la persona que designare en última instancia la autoridad pública o la institución familiar correspondiente. Se conoce, por tanto, como tutor ‘dativo’ al que resulta designado por la autoridad, el Juez o el Consejo de familia, según las épocas.

En obsequio a la tradición, la rúbrica de la sección segunda del capítulo II del Título X (antepuesta al art 234 del Código civil) sigue refiriéndose a la delación de la tutela y al nombramiento del tutor, acaso para subrayar que no existen otras ‘delaciones’ ni llamamientos distintos de los realizados por el legislador en los preceptos que siguen a dicha rúbrica, pese a que, con anterioridad, se haya recogido con cierto detalle la facultad de los padres para “nombrar tutor” a sus hijos menores (arts. 223 a 226).

La anterior matización busca remarcar que, con el paso del denominado modelo familiar a la tutela de autoridad, en la que se encomienda al Juez la salvaguarda y se coloca como norte el beneficio del tutelado, acaso haya

que concluir que ninguno de los preseleccionados para el cargo, por designación de los padres, por razón de matrimonio o por causa de parentesco tiene asegurado el nombramiento, pues sólo se hará efectivo si el Juez lo estima conveniente. De manera que, si nos fijamos en esta decisión, diremos que toda tutela es ‘dativa’, para significar que siempre será el Juez el que elige o, en su caso, respalda una elección previa.

A nadie se le oculta que es justamente en esta intermediación judicial imprescindible –regida únicamente por el máximo beneficio del tutelando–, donde puede materializarse la lógica de la denominada ‘autotutela’ y las exigencias actuales de las parejas estables no casadas. Mas, para poder calibrar aquella lógica y estas exigencias es ineludible conocer previamente la disciplina ordinaria o preferencias que explicita el Código civil para el nombramiento de tutor.

Al tenor del art. 234.I, se consideran llamados al desempeño de la tutela y, en principio, por el orden que expresa:

- Al cónyuge que conviva con el tutelado.
- A los padres.
- A la persona o personas designadas por los padres.
- A los ascendientes, descendientes o hermanos.

En un primer análisis, prescindiremos del hecho de que el propio Código autoriza al Juez para que, si lo estima conveniente, altere el orden de los llamamientos (art. 234.II) y hasta que prescinda de todos los incluidos en la enumeración (art. 235). Después nos emplearemos en las posibilidades que ofrece la indicada flexibilidad, pero antes es oportuno tratar de comprender la lógica del orden expresado, que el propio legislador –a falta de otros datos concretos– considera que expresa el beneficio del tutelando.

### • **El cónyuge en la función de tutor**

El legislador, una vez que ha decidido unificar la tutela por razón de minoría y por causa de incapacitación, da preferencia absoluta al ‘cónyuge’ para que desempeñe la guarda y protección del tutelando. De hecho, el tenor del número 1º del artículo 234.I afirmaba –en la versión inicial de 1983– la preferencia del ‘cónyuge que conviva con el menor o incapacitado’, siendo así que los antecedentes sólo otorgaron el primer puesto al cónyuge en la tutela de los incapacitados (en la de ‘locos y sordomudos’, según la vieja expresión del art. 220 originario, que llamaba al “cónyuge no separado legalmen-



te”; vid. también art. 230, asimismo derogado, para la interdicción). Cuando la disposición final decimooctava núm. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, sustituye la literalidad de dicho número primero con la expresión “al cónyuge que conviva con el tutelado” no hace sino recoger expresamente lo que la lógica del sistema ya proclamaba: que la minoría y el matrimonio son términos que se excluyen. Y no se asombren si les remarco que esta ‘mejora’ de 1996 la había alcanzado ya el texto proyectado quince años atrás, justamente en el Informe de Ponencia al Proyecto de Ley de 1981; y que la segunda tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley de 1983) aportaría al precepto de referencia, como ‘corrección de estilo’, la redacción equívoca con la que había de entrar en vigor.

Mas, pasando de la anécdota, es oportuno insistir en que, siendo incuestionable que quien contrae matrimonio válido pasa automáticamente a la situación de emancipación (arts 314.2º y 316), un llamamiento a ‘su cónyuge’ no tendría sentido para la ‘tutela del menor no emancipado’; y en que resulta, por contra, operativo y muy oportuno en los supuestos de incapacitación.

La declaración de incapacidad ha podido tener lugar después de la celebración del matrimonio, en cuyo caso no procede la rehabilitación de la patria potestad (art 171.I); o puede haber sido previa a la boda. En esta hipótesis, si el incapacitado contrae matrimonio con las cautelas que, en el expediente previo, exige el artículo 56.II, dicha unión será eficaz y causará de inmediato el cese de la patria potestad prorrogada (art 171.II.4º y III). Para esta última hipótesis, dada la inmediatez de la celebración del matrimonio, es obvio que la convivencia no requiere plazo previo, sino que bastará con su inicio y la voluntad de mantenerla. Dicho en otros términos, el llamado a la tutela no es que haya estado conviviendo con el incapacitado, sino que se propone vivir con él en adelante y ha empezado a poner en práctica dicha convivencia.

Por lo demás, el hecho de que el precepto que analizamos hable justamente de ‘cónyuge’, nos exime de preguntarnos si en ese mismo lugar preferente, a falta de matrimonio, ha de entenderse llamado a la tutela el convivente *more uxorio* del incapacitado. Desde luego, no ha de resultar fácil transferir los antedichos requisitos de cese, en su caso, de la patria potestad prorrogada o de imposibilidad de rehabilitación de la misma –que encajan literalmente en el supuesto de celebración de matrimonio-. Con todo, no les

oculto que la más reciente legislación autonómica –catalana, aragonesa y navarra- sobre parejas estables ofrece al compañero –no necesariamente heterosexual- del incapacitado una cierta preferencia para ser nombrado tutor. Pero, sobre esta novedad, volveremos en otro epígrafe.

### • **¿Pueden o deben ser ‘tutores’ los padres?**

Este llamamiento a los ‘padres’ sólo alcanzará sentido, si es que puede tener alguno –que no lo creo-, en casos rarísimos. Piensen, ante todo, en que la tutela misma –y, por tanto, esta llamada a los padres- sólo cabe en los supuestos a los que no alcance la patria potestad. Donde hay –o puede haber- patria potestad no puede haber ni se precisa que haya tutela.

Habrá patria potestad y no procederá, por ende, la constitución de la tutela mientras el hijo es menor, salvo que dicho menor hubiere resultado ‘desamparado’ por el hecho de que los padres han devenido indignos y han sido privados de aquella representación legal ‘ordinaria’. Pero, si este es el caso, no debe olvidarse que el padre declarado incapaz de desempeñar la patria potestad sobre sus hijos es, asimismo, inhábil para ejercer funciones equivalentes como tutor (art 243.1º). Y no se diga que la ‘privación’ de la potestad propia de los padres puede ser ‘temporal’, que puede desaparecer la causa: cuando esto ocurra, no procede la constitución de la tutela sino la ‘recuperación de la patria potestad’.

A primera vista, pudieran darse mayores posibilidades de que los padres acaben siendo tutores de sus hijos en el caso de que estos últimos fueren declarados incapacitados después de haber alcanzado la mayoría de edad. Ciertamente, puede ser ésta la secuencia temporal de los acontecimientos; pero es preciso recordar que, aun entonces, servirá la patria potestad, cuya rehabilitación impone el Código si el mayor declarado incapaz es soltero y convive con los padres (art. 171). Y, si no se dieran estas exigencias, considero que no por ello hay que precipitarse hacia la ‘tutela de los padres’. En primer lugar, no habremos progresado hasta el número 2º de este artículo 234 si el hoy incapacitado había contraído matrimonio, pues, en la hipótesis de que subsista el vínculo y la convivencia, la preferencia y la ‘conveniencia’ apuntan a la tutela del propio cónyuge del incapacitado. Si ha intervenido nulidad, separación o divorcio, tampoco debe descartarse la rehabilitación de la patria potestad. Si lo que hay, en fin, es que el ahora incapacitado vivía independiente, sin matrimonio –dejando a salvo el supuesto de que tuviera pareja estable-, también considero preferible que los padres recuperen la

potestad que ordinariamente les corresponde. Aunque sólo fuera porque, de constituirse la tutela, ésta se ejercería de modo análogo a la patria potestad, por imperativo del artículo 236.2º del Código civil.

### • **La persona o personas designadas por los padres**

Constituyen requisitos para la toma en consideración de las disposiciones paternas que el “nombramiento” o, mejor, designación se hubiere hecho en testamento o documento público notarial (art. 223) y que, al momento de otorgarlos, no hubiesen sido privados de la patria potestad (art. 226). Si tanto el padre como la madre hubieren dispuesto acerca de la tutela de sus hijos, se tendrán en cuenta las previsiones de uno y otra en la medida en que sean compatibles. De no serlo, el Juez adoptará las que considere más convenientes para el tutelando (art. 225).

Además, la autoridad judicial podrá, motivadamente, no seguir las disposiciones compatibles (o no contradichas, siendo único el disponente) si el beneficio del menor o incapacitado exige otra cosa (art 224).

En todo caso, nadie más que los propios padres tiene reconocida la facultad de designar tutor y establecer otros órganos de fiscalización de la tutela (disposiciones que sólo relativamente vincularán al Juez: arts 223 y 224); lo que en el Código resta al benefactor (pariente o extraño) de un menor o incapacitado es designar administrador de los bienes que gratuitamente le transmite (art 227).

### • **Los parientes del tutelando**

Como se recordará, el núm. 4º del artículo 234 se refiere a los ascendientes, descendientes y hermanos. En este caso, el legislador hace un llamamiento conjunto y sin preferencia entre categorías, de modo que la vocación quedará individualizada en el “ascendiente, descendiente o hermano que designe el Juez”. Ello no quiere decir que no puedan buscarse, para apoyo de la decisión judicial, razones atendibles de preferencia entre los indicados parientes.

Volvería a ser relevante a este propósito la suprimida diversificación de la tutela por razón de minoría de edad y la que proceda por incapacitación. Quiero decir que, supuesto que concurren unos y otros, debería preferirse a los ascendientes en la tutela de menores (antiguo art. 211) y a los descendientes en la de mayores incapacitados (antiguo art. 220), para recurrir luego a los hermanos; que, dentro del grupo preferido, tampoco sería ilógico estar

a la mayor o menor edad de los preseleccionados, según sean descendientes o hermanos (el mayor), o se trate de ascendientes (el más joven).

En el mismo sentido, entendí que había de inclinar la balanza el hecho de la convivencia iniciada o proyectada entre tutor y pupilo. El nuevo párrafo adicionado en 1996 al artículo 234 ha consagrado expresamente –aunque bajo la fórmula de considerarlo ‘beneficioso’ para el ‘menor’- esta última razón de preferencia.

### **Constitución de la tutela y nombramiento de tutor**

Entre las disposiciones dedicadas a la tutela en general y a seguido de los preceptos que urgen a promoverla sin dilaciones, dice el art. 231 que el Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

El Juez constituirá la tutela y nombrará al tutor en resolución única, es decir, en el mismo auto que ponga fin al procedimiento seguido por los trámites regulados para la jurisdicción voluntaria que es el precedente (DA 3ª Ley Orgánica 1/1996). La competencia, para los indicados menesteres, será del Juez de Primera Instancia de la residencia del tutelando (arts. 52.5ª y 756 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Algún interés puede tener la STS, 1ª, de 27 de enero de 1986, que decide la cuestión de competencia para el nombramiento de tutor a cuatro hermanos entre los Juzgados de San Sebastián (donde insta el nombramiento la abuela materna) y Castellón de la Plana (donde lo hizo el abuelo paterno). El art. 63 regla 17ª de la vieja LEC1881, todavía vigente, en efecto, dispone que “en el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutor o curadores para los bienes y excusas de estos cargos, será Juez competente el del domicilio del padre o de la madre, cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto, el del domicilio del menor o incapacitado, o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles” La sentencia referida decide la competencia a favor de los juzgados de Castellón, pues los progenitores fallecidos –dice- tenían en Castellón la vecindad al tiempo de contraer matrimonio, en dicha ciudad celebraron las nupcias y nacieron tres de los hijos y en Castellón acaeció la muerte de ambos esposos.

Pero mayor interés reviste la cuestión de si se puede o no proceder al nombramiento de tutor en la misma sentencia que ponga fin al juicio declarativo de incapacitación del tutelando.

En mi parecer, las últimas decisiones del Tribunal Supremo al respecto debían ser consideradas perfectamente contradictorias y, siendo así que no hubo reiteración de doctrina –se contabilizaron dos fallos, sin que el segundo corroborara lo decidido en el primero-, no puede afirmarse que llegaron a sentar jurisprudencia. Entiendo, que no ha de computarse la sentencia de 19 de mayo de 1998 –del mismo ponente-, por cuanto las aseveraciones que contiene es claro que no constituyen *ratio decidendi*, sino más bien *obiter dicta*.

Aunque no nos detengamos excesivamente en ello, conviene recordar lo ocurrido.

En el caso que dio lugar a la sentencia de 22 de julio de 1993, la misma sentencia de instancia declara la incapacitación y nombra tutor. Al resolver el correspondiente recurso de casación efectivamente se advierte (f. único) que “no se puede dejar de considerar que los Tribunales de instancia debieron limitar el sentido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida: la declaración de incapacidad de doña Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que deba quedar sometida en su caso (art 210)”; que “la constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 231) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el artículo 222.2 del mismo texto positivo” y que “se han alterado los trámites procesales, pues en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor”. Pero, lo que quiero subrayar es que el fallo, pese a todo, no se pronuncia por la estimación del recurso, sino que mantiene el nombramiento, aunque justifica el resultado, por razones de economía procesal.

Por eso, entiendo que las manifestaciones de la ulterior Sentencia de 27 de enero de 1998 no pueden constituir “jurisprudencia” en sentido contrario, o sea, en el de rechazar firmemente la posibilidad de que el tutor sea nombrado en la misma sentencia que pone fin al proceso contencioso de incapacitación. No es suficiente que se vuelva a recordar que “la constitución de la tutela en expediente de jurisdicción voluntaria, y el nombramiento de tutor, procede una vez firme la sentencia de incapacitación (art 222.2), aplicando la normativa sobre la incoación de aquél (art. 231) y, motivadamente, sobre la designación del tutor (arts. 223 y 234 y ss)” y que, “en con-

secuencia, no cabe en una misma resolución, la sentencia, constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando la persona del tutor”.

Resumo y concluyo: aunque trate de apuntalarlo de manera expresa el propio Tribunal Supremo –lo cual ya de por sí induce a pensar que, a falta de esta valoración ‘interesada’, todo el mundo entenderá lo contrario- no existe aún ‘jurisprudencia’. He aquí la aseveración sospechosa: “Esta Sala, al hacer este pronunciamiento, verdadero fundamento del fallo, no cambia el criterio que había sustentado la anterior sentencia de 22 julio 1993, sino que lo reitera, pasando ya a formar jurisprudencia en el sentido del art 1.6 del Código civil”.

Otra cosa es que, en el fondo, se comparta el sentido de la última de las decisiones, toda vez que la lógica de la institución y el beneficio del incapacitado requiere la sustanciación de aquel nuevo procedimiento para la identificación definitiva del tutor. Se trata, qué duda cabe, de no defraudar el trámite que preceptúa el artículo 231 y, en definitiva, de obtener mayores garantías de acierto en la persona nombrada.

Adviértase, en fin, cómo la nueva Ley de ritos, a la vez que corrobora esta última interpretación, viene a admitir la posibilidad que había negado el Tribunal Supremo. En efecto, dispone ahora el artículo 759.2 que “cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno” y, en ese caso, concluye el artículo 760.2 que “si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él”.

Entiendo, en fin, que la dosificación del trámite de audiencia previa queda encomendada al propio Juez, pero, si se persigue su mayor virtualidad, habrá de instrumentalizarse de manera que permita alcanzar los siguientes objetivos:

- Que cada uno de los llamados a esa tutela revele su aptitud y predisposición a la asunción del cargo, adelantando, en su caso, las razones de excusa o meros inconvenientes que concurren en su persona.
- Que los interesados –llamados, parientes y tutelando- identifiquen o sugieran otras personas (o instituciones) que, por su relación con éste,

podrían ser idóneas para el desempeño de la tutela.

- Que el propio Juez pueda formarse criterio sobre la oportunidad de nombrar al tutor que resulte de las preferencias establecidas en el Código o de prescindir de aquel orden, nombrar a persona no incluida en la enumeración legal o encomendar la tutela a una persona jurídica.

### **El margen de apreciación judicial. La llamada ‘autotutela’**

Una vez que el artículo 234 enumera, en el párrafo primero, las personas y el orden de los llamados al desempeño de la tutela, dedica un segundo párrafo a expresar el ‘margen de maniobra’ que corresponde al Juez a la hora de concretar el nombramiento. Por su parte, el artículo 235 se ocupa del supuesto en que no existiera ninguno de los llamados en el 234.I y termina disponiendo, para dicha hipótesis, que “el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo”.

Si trata de captarse el conjunto de lo preceptuado en ambos artículos, tenemos que el Juez puede, bien respetar la regla (y el orden) del art 234.I (cónyuge, padres, el designado por éstos, ascendiente, descendiente o hermano del tutelando), bien alterar este orden o prescindir de todas las personas mencionadas, para nombrar a la persona que ofrezca garantías de integrar al pupilo en su vida familiar (art. 234.III) o a la que, por otras razones, el beneficio del tutelando indique como tutor más idóneo (art. 234.II y 235).

El párrafo segundo del artículo 234 en definitiva, impone al Juez la necesidad de, en todo caso, proceder a una valoración personal –que habrá de reflejarse en la resolución adoptada, si conduce a alterar el orden o prescindir de las personas a que se refiere el párrafo primero- acerca de la efectiva adecuación entre las condiciones particulares del llamado legal o negocialmente a la tutela y el beneficio, también concreto, del tutelando en cuestión.

Lo que ahora nos preguntamos es si cabe, con este sistema, dar satisfacción a los requerimientos que pueda plantear el hecho de que el incapacitado tuviera pareja estable o a la eventualidad de que hubiera expresado sus preferencias sobre la persona del tutor.

#### **• El conviviente y su pretensión de ser nombrado tutor**

La cuestión aparece ya resuelta en un sentido concreto por tres ordenamientos autonómicos. Cataluña, Aragón y Navarra en sus respectivas regulaciones de las uniones libres efectivamente han dedicado una específica-

ción para establecer el tratamiento que corresponde al conviviente en la hipótesis de que su pareja sea incapacitada y precise de tutor.

En efecto, la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de 1998, de uniones estables de pareja [BOE 19-8-1998] dedica los artículos 7 y 25 a la tutela, en el caso de convivencia heterosexual y homosexual respectivamente. En ambos supuestos dispone que “en caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa”. Tal vez, para comprender el tenor de este llamamiento, debe advertirse cómo el Ordenamiento catalán, aparentemente al menos, prescinde de la denominada delación ‘legítima’ de la tutela, para diversificar entre tutela voluntaria y tutela dativa. Dentro de la primera se contempla la tutela deferida por el padre y la madre, a la que se han venido a añadir las ‘delaciones hechas por uno mismo’ (autotutela). Todos los demás supuestos se reconducen a la tutela dativa, por cuanto corresponde a la autoridad judicial la designación. Y conviene llamar la atención sobre el hecho de que la novedad absoluta se refiere a la incorporación de la pareja homosexual, puesto que la de ‘distinto sexo’ estaba ya equiparada al cónyuge, en este particular, por el artículo 12 de la Ley de 1991 y por el artículo 179.1.a del Código de Familia.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas [BOE 21-4-1999], adopta prácticamente el mismo tenor, al establecer –con la entradilla de “delación dativa de la tutela”– que “en el supuesto de que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela”. También, en este caso, la previsión ha de ponerse en relación con la escasa regulación de la tutela en la Compilación aragonesa. La peculiaridad que importa es que tampoco en Aragón se habla de tutela ‘legítima’, de manera que, a falta de la testamentaria o voluntaria (del art. 15), se pasa a la tutela dativa, que se constituye conforme al Código civil, atendiendo, lógicamente, el mandato de aquel artículo 12.

Finalmente, hay que subrayar el distinto tenor del artículo 9 de la regulación navarra, introducida por Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON, 7-7-200). El núm. 1 dispone que “los miembros de la pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la decla-



ración de ausencia y la declaración de prodigalidad”; y el núm. 2 “añade un nuevo párrafo a la Ley 62 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo con la siguiente redacción: “Los miembros de una pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto al ejercicio de las acciones relacionadas con la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad” [El párrafo único de esta ley 62 declaraba la supletoriedad del CC: “En los casos de ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges, serán aplicables las disposiciones del Código civil”]. A falta, por consiguiente, de otras leyes de la Compilación navarra que disciplinen la tutela, ya sea en cuanto a su delación, ya en cuanto al nombramiento de tutor, ya en cuanto al ejercicio, la equiparación de la pareja no casada a los unidos por matrimonio, que preceptúa la nueva disposición, habrá de hacerse efectiva en la aplicación de los artículos correspondientes del Código civil. Habrá que entender ‘modificado’ para Navarra el propio artículo 234.I.1º del Código, donde habrá de leerse que ‘Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. Al cónyuge o, en su caso, al miembro de la pareja estable que conviva con el tutelado’. Llamado, así, ‘legítimamente’, adquiere mejor consideración que en Cataluña y Aragón, por cuanto resulta antepuesto a la persona o personas que hubieran podido designar los padres.

• **El tutor ‘designado’ por el propio incapacitado. La autotutela**

El tema al que ahora llegamos es tan amplio que merecería ser objeto de una conferencia completa, al menos, fuera de Cataluña. Aquí, únicamente queda la posibilidad de enunciarlo.

Con el término autotutela se alude a la eventualidad de que la misma persona que se representa su futura incapacitación deje dicho quién desea que sea su tutor (autotutela positiva) o a quién repudia para el cargo (negativa). Dicho de una manera sencilla, se trataría de reconocer al propio sujeto las misma facultad que se viene otorgando a los padres respecto de sus hijos (Vid. arts. 223 a 226).

La cuestión se plantea en términos de posibilidad y conveniencia para el territorio denominado de Derecho común y algunos de Derecho foral. Lo tiene resuelto, desde 1996, Cataluña.

En lo que hace a esta Comunidad, efectivamente, la Ley 11/1996, de 29 de julio, se ocupó de modificar la Ley catalana 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, a fin de introducir la posibilidad

de ‘autodelación’ de la tutela. Conforme a la Exposición de motivos de aquella (BOE, 23 agosto 1996), la modificación se inspira en el respeto a la autonomía de la voluntad y viene exigida por el aumento de la esperanza de vida de la población, lo cual da lugar a un sobreenviejamiento de las personas, conducente a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno. De ahí, que, en previsión del caso de ser declaradas incapaces, se faculta a las personas con capacidad de obrar para designar tutores, protutores y curadores para sí mismas; y en el bien entendido que dicho nombramiento no es vinculante para el Juez, si se han producido nuevas circunstancias que cuestionen la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente.

Por lo que ahora importa, aquella Ley 11/1996, en su artículo 1º, daba nueva redacción al artículo 5, apartado 1, de la Ley de 1991, regulando la autotutela. Dicha regulación se encuentra hoy –con retoques no muy trascendentes- en el art. 172 del Código de Familia: “1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva. 2. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el ministerio fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión”. Por lo demás, es importante recordar cómo la misma ley de 1996 añadió una disposición adicional tercera a la de 1991, en la que se establecía el Registro de Tutelas y Autotutelas, para la inscripción y publicidad de las referidas delaciones, mediante remisión por los notarios autorizantes de una ‘ficha’ relativa al otorgante y a la escritura, pero sin indicar la identidad de los designados.

Fuera de Cataluña, como he dicho, la autotutela es tema pendiente de legislar. Con todo, puede anotarse que, en el estado actual del Código civil, la opinión doctrinal es favorable. Los trabajos pioneros se remontan al primer cuarto del siglo XX (año 1921) y, por aquellas fechas (1928), recibe ya

el nombre con el que actualmente se conoce la institución.

Pero, como es lógico, el interés por la figura se ha avivado con la instauración del nuevo sistema de tutela introducido por la reforma de 1983: se pasa de la tutela de familia a la de autoridad y se eleva a principio básico el beneficio del tutelado. Por si ello fuera poco, cabe recordar cómo las enmiendas que proponían hacer hueco a la persona designada por el propio incapacitado antes de producirse la incapacitación (autotutela positiva) fueron rechazadas no en términos absolutos sino remitiendo la regulación completa a una nueva ocasión, y advirtiendo que no era preciso explicitar que el propio interesado pudiera dejar constancia de sus prevenciones respecto de determinada persona (autotutela negativa), porque estaba implícito en el artículo 244.2º, cuando impide que sean tutores “los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado”.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Ferran BADOSA COLL, “La autotutela”, en Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO, volumen II, Barcelona, Bosch, 1993, p. 903.
- Ignacio CARPIO GONZÁLEZ, “Primera regulación de la autotutela en el Derecho Español: La Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio”, Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1996, núm. 190, p. 2809.
- Diego María CREHUET DEL AMO, La tutela fiduciaria, Discurso de recepción en la RAJL y contestación de J. Maluquer, Madrid, Reus, 1921.
- Gabriel GARCÍA CANTERO, en Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón, dir. por J. L. LACRUZ, Madrid-Zaragoza, 1988, I, p. 525.
- Ana Victoria GARCÍA-GRANERO COLOMER, “La autotutela en el Derecho Común español”, Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998, núm. 202, p. 199.
- Martín GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, “La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, Actualidad Civil, 1999-2, XXXII, p. 553.
- Jainto GIL RODRÍGUEZ, “La instituciones tuitivas”, en Manual de Derecho Civil, tomo I, 2ª ed., Madrid, Manual Pons, 1997, p. 219.
- María de los Ángeles PARRA LUCÁN, “El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán”, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1994, núm. 20 y 21, pp. 77 y 73.
- Juan José RIVAS MARTÍNEZ, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 1998, p. 123.
- Eloy SÁNCHEZ TORRES, “Una nueva modalidad tutelar”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1928, p. 345
- Laura SANZ MARTÍN, La tutela del código civil y su antecedente histórico la tutela romana, Madrid, Dykinson, 1998; y “La tutela: normativa vigente en contraste con sus precedentes”, Actualidad Civil, 1999-3, XLIX, p. 961.



# LA DEFENSA DE LAS PERSONAS INCAPACES: PERSPECTIVA JUDICIAL

IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI

---

Magistrado-Juez Decano

La presente ponencia trata de ser una reflexión sobre la función judicial en el seno de la incapacitación y la institución tutelar. Se seleccionan los temas que con más frecuencia se postulan ante los órganos jurisdiccionales y se reseñan los caracteres que individualizan y caracterizan la resolución del operador judicial. Específica mención se realiza a la nueva regulación contenida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante NLEC) que, tras su próxima entrada en vigor prevista para el día 8 de enero de 2001, derogará gran parte de la regulación contenida en el Código Civil.

## **Principios rectores de la función judicial en el seno de la incapacitación**

La función judicial se encuentra sujeta a las exigencias del principio de legalidad (únicamente cabe acordar la incapacitación en virtud de las causas reconocidas por la ley, artículo 199 del Código Civil); jurisdiccionalidad (únicamente puede ser acordada la incapacitación por sentencia judicial, artículo 199 del Código Civil) y proceso debido (únicamente cabe obtener una declaración de incapacitación a través del proceso regulado por la ley). Cada uno de estos principios presenta específicas connotaciones en razón de las específicas características anudables a la incapacitación.

## El principio de legalidad

El principio de legalidad no conduce a una descripción taxativa del conjunto de hechos que fundan una declaración de incapacidad. El legislador anuda la incapacitación a la presencia de enfermedades o deficiencias, de carácter físico o psíquico, que sean persistentes e impidan a una persona gobernarse por sí misma. En el contexto judicial presenta especiales matices la nota referida a la persistencia, cuando se trata de personas que padecen una enfermedad mental que únicamente les inhabilita para regir su esfera personal y/o patrimonial en situaciones de crisis. Existen trastornos cuya evolución fluctúa, con surgimiento de fases de agudización o descompensación en las que la persona padece una grave alteración de sus facultades mentales. El Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de febrero de 1986 y 23 de julio de 1998, ha tenido ocasión de señalar que la persistencia debe vincularse a la permanencia de la enfermedad o deficiencia, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica. En todo caso, es preciso que en las fases agudas impida a una persona gobernarse por sí misma. Ahora bien, admitida la posible concurrencia de una causa de incapacitación en estos supuestos, deberá deslindarse judicialmente la extensión y los límites de la incapacitación, limitándola al conjunto de actos con eficacia jurídica que se protagonicen en las fases agudas o de crisis (necesidad de conciliar la seguridad jurídica con la finalidad específica de protección que se persigue con la incapacitación). Por lo tanto, puede concluirse que la decisión judicial debe construirse teniendo en cuenta los efectos que la enfermedad genera en la capacidad de autogobierno de la persona y no perdiendo de vista que la finalidad de la incapacitación es la protección del presunto incapaz.

## El principio de jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad atribuye a la sentencia judicial la cualidad de elemento constitutivo del nuevo estado civil -incapacitado- a través de una resolución que no impide el replanteamiento futuro de su contenido específico. Frente al efecto de cosa juzgada material predicable de cualquier sentencia que resuelve definitivamente una controversia, que impide la futura revisión de lo decidido en el mismo u otro proceso, las resoluciones judiciales emitidas en el ámbito de la incapacidad se caracterizan por su provi-

sionalidad. De ahí que sobrevenidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida (artículo 761.1 NLEC). De la misma manera, la jurisprudencia ha admitido que desestimada la petición de incapacidad pueda promoverse en el futuro una nueva demanda postulando la incapacidad. Al igual que ocurre en los procesos matrimoniales, la contingencia de los temas debatidos en los procesos de incapacidad obliga a dotar a la respuesta judicial de un nivel de versatilidad que permita su adecuación a los cambios sustanciales de las premisas que fundan la primigenia decisión. En todo caso, la función judicial no se circunscribe sólo a determinar si concurre o no el supuesto legal que habilita la incapacidad de una persona. En caso de asumir la petición de incapacidad debe determinar la extensión y límites de la misma, confiriendo, por tanto, al contenido de la decisión en este tema una graduabilidad vinculada al grado de responsabilidad civil de la persona incapacitada, sobre todo en el contexto patrimonial.

### **El principio de proceso debido**

El principio de proceso debido obliga a seguir el procedimiento legalmente establecido para postular del juez la incapacidad de una persona. En este proceso, emerge la figura del Ministerio Fiscal como defensor del interés público; se garantiza, de forma específica, el derecho de defensa de la persona cuya incapacidad se postula y se potencia la capacidad de actuación del juez. Ciñéndome al papel judicial, la específica naturaleza del objeto procesal (declarar a una persona incapaz para regir su esfera vital y patrimonial) confiere al juez un especial dinamismo en el procedimiento de incapacidad. En este proceso, el juez, a diferencia del resto de procesos civiles, no es un mero receptor de las peticiones de las partes a quienes se confiere todo el protagonismo a la hora de deslindar cuándo quieren judicializar una controversia y hasta cuándo quieren judicializar la misma (principio positivo); cuál es el abanico de hechos a tener en cuenta para decidir la controversia y el conjunto de medios probatorios a utilizar para su verificación o refutación (principio de aportación de parte). En el proceso de incapacidad, admitiendo la necesaria petición de parte (Ministerio Fiscal o familiares) para iniciar un proceso de incapacidad (no puede, por tanto, el juez iniciar de oficio un procedimiento), se confiere al juez un campo de actuación propio a la hora de configurar los hechos debatidos y perfeccionar los medios de prueba a practicar para acreditar la constelación de elementos



fácticos que dotan de contenido a la causa legal de incapacitación. Así, tiene ocasión de reseñar la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que los procesos de incapacitación se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el proceso (artículo 752.1), sin que el órgano judicial se encuentre vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos (artículo 752.2). Asimismo dispone que, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes (artículo 752.2). En todo caso, el legislador, en razón precisamente de la específica naturaleza del objeto litigioso, determina unas pruebas que necesariamente debe practicar el juez. Así, oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo y acordar los dictámenes periciales médicos que sean necesarios. La audición a los parientes trata de obtener una información cumplida sobre el contexto en el que se desenvuelve el presunto incapaz y modo en el que afronta sus quehaceres personales y patrimoniales, proveniente del abanico de personas que mantienen una relación directa con él. El examen al presunto incapaz debe realizarlo personalmente el juez, acudiendo, si es necesario, al lugar en el que reside o es atendido el presunto incapaz. A través de la conversación, sensible y respetuosa con las circunstancias del enfermo, el juez trata de escudriñar la orientación espacial y temporal, su capacidad para identificarse y resolver cuestiones propias de la vida diaria. El dictamen pericial médico trata de suministrar al juez conocimientos científicos sobre la enfermedad o deterioro que padece el presunto incapaz y la incidencia que la misma tiene en su aptitud para regir su esfera personal y patrimonial. En la mayoría de los casos, el informe pericial suele ser asumido por la Clínica Médico Forense, a quien compete la asistencia técnica a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones (artículo 498.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ). Esta constelación de pruebas imperativas no sólo deben realizarse ante el Juez de Primera Instancia, que conoce en el primer grado jurisdiccional de la demanda de incapacitación, sino que, en caso de recurso frente a la sentencia, estimatoria o destimatoria de la demanda, deben ser practicadas nuevamente por el órgano judicial de apelación (artículo 759.3 LEC).

En la sentencia, el juez debe deslindar, a la luz de la prueba practicada, los hechos que estima probados; comprobar si los hechos probados son subsu-

mibles en el supuesto de hecho normativo contenido en el artículo 200 del Código Civil y, obtener los efectos jurídicos normativamente previstos. En concreto, deberá perfilar, de forma necesaria:

- Si la persona demandada es incapaz para regir su persona y bienes;
- La extensión y límites de la incapacidad, con delimitación del régimen de tutela o guarda al que debe quedar sometido la persona incapacitada.

A estos dos pronunciamientos, que pudiéramos denominar contenido necesario de la sentencia, podrán añadirse pronunciamientos adicionales siempre que existan peticiones específicas al respecto de las partes procesales. En concreto, este contenido contingente de la sentencia puede abarcar los siguientes extremos:

- Designación de la persona o personas que asumen el cargo de tutor o curador;
- En el supuesto específico de incapacidad por enfermedad psíquica:
  - autorización del internamiento en un Centro Psiquiátrico;
  - autorización de la esterilización siempre que la enfermedad psíquica sea grave, previo dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal y tomando como criterio de decisión el mayor interés del incapaz, tras la exploración del mismo.

## **La función judicial y las medidas cautelares: en especial el internamiento**

La necesidad de preservar los intereses personales y patrimoniales de las personas sobre las que existen indicios sólidos de inidoneidad para regir su persona por razón de enfermedad psíquica o física permanente (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) refuerza el abanico de facultades judiciales en el ámbito cautelar. Así de oficio o a instancia de parte podrá el órgano jurisdiccional, en cualquier estado del procedimiento, adoptar las medidas que en cada caso estime necesarias para lograr una adecuada protección de la persona del presunto incapaz o de su patrimonio (artículo 762.1 NLEC).

Especial importancia alcanza, en el seno de las incapacitaciones, el tema atinente al internamiento de personas con trastornos psíquicos.

## El internamiento ordinario

La convergencia, en esta materia, de las instituciones judiciales y sanitarias hace preciso deslindar, de forma diáfana, el papel que cada institución desarrolla, en aras a crear espacios de coordinación y evitar, por tanto, situaciones de confrontación. Los operadores judiciales intervienen única y exclusivamente como garantes del derecho fundamental a la libertad personal, reconocido en el artículo 17 de la Constitución (en adelante, CE). Por tanto, su actuación es estrictamente jurídica, no terapéutica, y se desenvuelve dentro de las previsiones contenidas en el artículo 117.4 CE. Por ello, su tarea se circunscribe a deslindar la concurrencia del hecho que dota de contenido al supuesto abstracto previsto en la norma (presencia de un trastorno psíquico de una persona que le priva de capacidad volitiva para asumir un internamiento terapéutico). De ahí que a partir de la petición de internamiento, que normalmente realicen los familiares, el juez competente (el de Primera Instancia del Partido Judicial correspondiente al domicilio de la persona enferma) tras examinar la documentación médica que pueda acompañarse a la solicitud, oír a las personas que puedan aportar información sobre la situación de la persona cuyo internamiento se postula, examinar personalmente a la persona afectada por la medida, analizar el dictamen de un médico por él designado y llevar a cabo pruebas complementarias- entre las que resulta relevante solicitar de las instituciones sanitarias información sobre eventuales tratamientos facultativos pretéritos-, solicitará un informe del Ministerio Fiscal y decidirá si procede o no la autorización del internamiento. Debe destacarse que el juez autoriza pero no ordena el internamiento (resulta criticable la falta de precisión con que la NLEC se pronuncia en la materia al utilizar, de forma indistinta, los términos autorizar y ordenar; así, ordinales uno y cuarto del artículo 763). En otras palabras, el juzgador controla la legalidad de la privación de libertad inherente al internamiento pero no ordena el mismo, dado que ello supondría invadir unas facultades que corresponden en exclusiva a las instituciones sanitarias. El juez no es un terapeuta, razón por la cual no tiene competencia para deslindar el tratamiento facultativo preciso para compensar o controlar el trastorno psíquico de la persona cuyo internamiento se autoriza. Su función se centra en conferir legitimidad a la privación de libertad inherente al tratamiento médico, cuando la persona enferma sufre un trastorno psíquico que anula su capaci-

dad de decisión y la institución sanitaria competente estime que el internamiento es la única opción facultativa para un tratamiento eficaz de la enfermedad. Ciertamente es que, a falta de estructuras intermedias que sirvan de apoyo a las familias que, en muchas ocasiones, se encuentran desbordadas y con enormes dificultades para conseguir que el enfermo pueda seguir las prescripciones de un tratamiento ambulatorio, la divergencia de criterios entre la institución judicial, que autoriza el internamiento, y la institución sanitaria, que no estima necesario el mismo, provoca una legítima sensación de frustración e incompreensión.

Producido el internamiento, los facultativos encargados del tratamiento tienen la obligación de informar, cada seis meses o con la periodicidad inferior que señale el juez en atención a la naturaleza del transtorno, sobre la necesidad de mantener el internamiento. En todo caso, esta información podrá ser contemplada con otros informes médicos u otras actuaciones que el juzgador considere imprescindible practicar para pronunciarse sobre la necesidad de continuar con el internamiento. Esta decisión judicial únicamente se adopta bajo el prisma del escrupuloso respeto al derecho a la libertad personal. De ahí que cuando los facultativos, que dirigen el tratamiento, estimen innecesario continuar con el internamiento, tienen la obligación de dar de alta al enfermo con comunicación inmediata al órgano judicial que autorizó el internamiento (artículo 763.4 último párrafo).

### **Internamiento urgente**

Cabe la posibilidad de que la situación concreta de la persona enferma precise un ingreso inmediato de la persona en un Servicio de Psiquiatría. En estos casos, se prevé el internamiento urgente sin autorización judicial con la obligación, que recae sobre el responsable del centro en el que se ha producido el internamiento, de dar cuenta inmediata del mismo al órgano judicial competente sin que en ningún caso pasen más de 24 horas entre el internamiento y la comunicación. Producida la comunicación, el órgano judicial, tras llevar a cabo las mismas diligencias que en su momento vimos para el internamiento ordinario, decidirá, en el plazo máximo de 72 horas desde la comunicación, si ratifica o no el internamiento. En estos casos, el órgano judicial competente para ratificar la medida de internamiento es el juez de Instancia del Partido Judicial en que radique el Centro en el que se ha producido el internamiento.

## **Internamiento de menores**

Siempre que sufran trastornos psíquicos que les impida decidir por sí mismos, es precisa la autorización judicial sin que los titulares de la patria potestad o tutela puedan con su consentimiento legitimar el internamiento. En todo caso, el juez, antes de autorizar el internamiento, recabará de los servicios competentes en materia de asistencia al menor un informe sobre el establecimiento de salud mental más adecuado a su edad.

A modo de conclusión cabe reseñar que, en el Partido Judicial de Donostia-San Sebastián, en aras a crear un referente jurisdiccional común para los ciudadanos y las instituciones públicas, se acordó, en diciembre de 1996, adscribir el conocimiento de las materias referidas a internamientos al Juzgado de Primera Instancia nº 6. Por lo tanto, con la nueva legislación este órgano jurisdiccional será el único competente para autorizar los internamientos de las personas con trastornos psíquicos que residan en el Partido Judicial de Donostia-San Sebastián y para ratificar los internamientos urgentes de personas que, residiendo fuera del citado Partido Judicial, hayan sido internadas en Centros Sanitarios radicados en el mismo. En los días inhábiles las actuaciones judiciales pertinentes las realizará el Juzgado de Guardia.

## **La institución tutelar**

El nombramiento de la persona o personas que asumen el cargo de tutor corresponde a la autoridad judicial, designación que, tras la entrada en vigor de la NLEC, podrá realizarse en el propio proceso de incapacitación o en un ulterior expediente de jurisdicción voluntaria. La designación judicial podrá realizarse a instancia de persona obligada -Ministerio Fiscal, parientes o persona que, de hecho, ejerce las funciones de guarda-, facultada -cualquier persona- o de oficio (artículos 228, 229 y 230 del Código Civil). Ningún obstáculo existe por tanto para que el juez que conoce del proceso de incapacitación pueda, una vez firme el fallo y en el caso de que no se hubiera solicitado por la parte demandante una designación de tutor en la propia sentencia de incapacitación, promover de oficio el expediente de jurisdicción voluntaria para la designación de tutor. La omisión del deber de promover

la constitución de la tutela por parte de las personas legitimadas -parientes, guardador de hecho- genera, en caso de que se produzcan daños y perjuicios anudables causalmente a tal omisión, una específica responsabilidad civil extracontractual (artículo 229 Cc). El deber indemnizatorio no se contrae a los daños y perjuicios causados al incapaz sino que se extiende a los producidos a terceros por actuaciones atribuibles, en términos fácticos, a la persona incapacitada. Es más, las específicas facultades que la legislación confiere al juez -deber de constituir la tutela cuando tenga conocimiento de la existencia en su jurisdicción de una persona que deba ser sometida a tutela- puede servir de fundamento legal, en caso de incumplimiento de tales deberes, a una responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento del servicio público judicial (artículo 121 CE y 292 a 297 de la LOPJ).

La función tutelar, que constituye un deber, se ejercerá bajo el control del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial en beneficio exclusivo de la persona tutelada. El Código Civil, de una forma ciertamente confusa, atribuye a ambas instituciones funciones específicas de control del ejercicio de la tutela por el tutor. En todo caso, sólo al órgano judicial compete asumir funciones decisorias como el establecimiento de medidas de vigilancia y control del ejercicio de la tutela, remoción del tutor en casos de inidoneidad para el cumplimiento de la función tutelar y aprobación de la cuenta general justificada de la administración del patrimonio de la persona tutelada.

La función tutelar, aunque se ejerza por personas jurídicas sin finalidad lucrativa, puede ser retribuida cuando el patrimonio de la persona tutelada lo permita. La determinación de la cuantía de la retribución y el modo de percepción compete al juez, debiendo articular su decisión en base a dos criterios perfilados por el legislador: uno referido a la labor realizada por el tutor (importancia del trabajo a realizar); otro atinente al patrimonio de la persona tutelada (valor y rentabilidad de los bienes). De forma programática reseña el artículo 274 del Código Civil, que la cuantía de la retribución no debe bajar del 4 por 100 ni exceder del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes. La propia indeterminación de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador para perfilar el contenido de la decisión judicial provoca el surgimiento de plurales exégesis del precepto normativo, con la consiguiente inseguridad jurídica, de especial intensidad en el caso de fundaciones que tengan como finalidad la protección de personas incapacitadas.

Para solventar estos problemas, la Junta Sectoral del orden jurisdiccional civil del Partido Judicial de Donostia-San Sebastián, celebrada el día 20 de septiembre del presente año, acordó unificar los criterios judiciales en esta materia. En concreto, se adoptó el acuerdo de fijar las retribuciones de los tutores con arreglo a las siguientes premisas:

- Interpretar la expresión legal “rendimientos líquidos de los bienes” como equivalente a ingresos anuales, entendiendo por tales los siguientes conceptos: pensiones o sueldos; intereses de cuentas, libretas de ahorro, imposiciones a plazo o similares; dividendo de valores; incremento de fondos y valores; rendimiento de bienes inmuebles calculado sobre el valor catastral;
- Conferir a cada juez la facultad exclusiva de determinar el porcentaje a aplicar sobre los ingresos anuales, en atención al trabajo a realizar por el tutor y el valor y rentabilidad de los bienes.



EL PROCEDIMIENTO  
DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD  
Y  
EL MINISTERIO FISCAL

DAVID CALZADA RODRÍGUEZ

---

Fiscal de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa



## **Causas de incapacitación**

Conforme al artículo 200 del Código Civil son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

### **Enfermedad o deficiencia psíquica**

Son lesiones o disfunciones cerebrales de carácter orgánico o congénito que afectan a las facultades intelectivas o volitivas de la persona, interfiriendo en sus relaciones sociales y familiares.

Los supuestos más típicos y que con mayor frecuencia se plantean en nuestra sociedad son:

- **Deficiencias o discapacidades psíquicas** (Oligofrenias, síndrome de Down, espina bífida, parálisis cerebral, border line, etc...)

Se presentan en la infancia y generalmente en una época cercana al nacimiento. Afectan fundamentalmente a la vertiente intelectual. Es posible con técnicas de intervención tempranas, conseguir que se desarrollen buena parte de las habilidades de la persona, pero se trata en todo caso de evoluciones muy lentas y en cuanto a la patología se caracteriza por su estabilidad en el tiempo.

- **Enfermedades mentales** (esquizofrenia, paranoia, psicosis maniaco-depresiva, trastornos bipolares, etc...)

A diferencia de la deficiencia mental, aparece en la juventud, generalmente entre los dieciocho y los veinticinco años cuando la persona está estudiando o trabajando y ocupando un determinado rol de hermano, amigo, compañero, etc.

La enfermedad provoca la ruptura de la mayoría de las relaciones sociales y familiares del enfermo quien se va quedando solo, encuentra dificultades para entablar nuevas relaciones, siente miedo y una gran inseguridad. El enfermo se convierte en una persona enormemente vulnerable y en las fases agudas de su enfermedad precisa en muchos casos de su internamiento en un Hospital Psiquiátrico.

Asimismo durante los períodos más estables, que pueden ser relativamente amplios, el enfermo es plenamente capaz y puede llevar una vida normal con la ayuda de la medicación.

- **Enfermedades degenerativas asociadas a la ancianidad**

(Alzheimer, demencia senil, demencia artereosclerótica, etc...).

En estos casos el desmoronamiento de las facultades psíquicas preceden y agudizan el posterior decaimiento de las facultades físicas, dando lugar a situaciones de especial desvalimiento.

Salvo algunos supuestos excepcionales, el proceso de demencia es progresivo y detectable, lo que permite que la familia pueda adoptar las medidas adecuadas para organizar la futura atención del incapaz y velar por sus bienes y patrimonio.

En las fases más avanzadas y, por tanto, las más inhabilitantes, estas personas suelen perder completamente la noción de la realidad y la capacidad de memoria, no reconociendo a sus propios seres queridos.

### **Enfermedad o deficiencia física**

En este grupo se incluyen las minusvalías físicas más inhabilitantes (parálisis, tetraplegias...), ciertos estados vegetativos, y padecimientos que impiden o dificultan totalmente la comunicación (sordomudez, alexias, afasias, Parkinson en estado avanzado...). Especial dificultad presentan los casos de dependencia del alcohol u otras drogas, pues a diferencia de los anteriormente citados, su sanidad depende en gran medida de la propia voluntad del enfermo y de su compromiso, tanto para reconocer su enfermedad, como para someterse a un tratamiento rehabilitador. Asimismo durante los períodos en los que el enfermo no ingiere sustancias alcohólicas o estupefa-

cientes, el mismo conserva intactas sus facultades intelectivas y volitivas.

El criterio seguido por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián es considerar la dependencia de tales sustancias como una enfermedad en sí misma, pero serán las conclusiones que arroje el informe médico forense tras examinar a la persona en concreto, las que determinen el grado de autogobierno del mismo.

En los casos en que la dependencia de tales sustancias no alcanza el grado suficiente para incapacitar a la persona, una solución recomendable es acordar el internamiento involuntario del sujeto en un Hospital Psiquiátrico en las fases de mayor agudeza, para a continuación derivar al enfermo a un Centro de desintoxicación especializado. No obstante lo anterior, en estos casos la colaboración del enfermo resulta imprescindible para obtener su sanación, respaldado con el consiguiente apoyo familiar para evitar nuevas recaídas.

### **Persistencia**

La persistencia de la enfermedad es una cuestión de naturaleza médica y en este sentido el dictamen del facultativo es determinante.

El problema de la persistencia se ha planteado, sobre todo, con relación a las llamadas enfermedades cíclicas, la esquizofrenia es la más característica, y también con aquéllas como la depresión crónica en las que se alternan periodos de completa lucidez con otros de gran deterioro cognitivo.

En estos casos la Jurisprudencia unívocamente ha concluido que estamos ante una auténtica causa de incapacitación con independencia de su mayor o menor intensidad periódica.

### **Autogobierno**

Es el eje central de la incapacidad y el efecto principal que producen las enfermedades anteriormente descritas y que debe ser objeto de acreditación en el procedimiento de incapacidad.

La ausencia de la capacidad de autogobierno de una persona se manifiesta en diez grandes áreas:

- **Comunicación**

Capacidad para comprender o transmitir información de palabra, de forma escrita, movimientos corporales, faciales.

- **Autocuidado**

Capacidad para atender su aseo personal, alimentación, vestido, etc.

- **Vida en el hogar**

Capacidad para llevar la economía doméstica y cumplir las obligaciones técnicas que ordinariamente se presentan en este ámbito.

- **Habilidades sociales**

Relacionadas con la capacidad de establecer contactos e intercambios sociales con otros individuos.

- **Utilización de la comunidad**

Hace referencia a las posibilidades de utilización de los recursos de la comunidad como medios de transporte, y servicios públicos de toda clase.

- **Autodirección**

Habilidades relacionadas con las elecciones y toma de decisiones adecuadas, capacidad de reconocer y aceptar los errores.

- **Salud y seguridad**

Habilidades relacionadas con el mantenimiento de la salud, posibilidad de seguir la medicación y mantener hábitos y comportamientos saludables.

- **Habilidades académicas y funcionales**

Relacionadas con el aprendizaje y asimilación de conceptos más o menos complejos.

- **Ocio y tiempo**

Posibilidad de participar en actividades deportivas, culturales o de aire libre.

- **Trabajo**

Capacidad para desempeñar una ocupación laboral.

## **Procedimiento aplicable**

Es el juicio declarativo de menor cuantía como señala el artículo 484.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Se trata de un procedimiento especial, no sólo por su mayor rapidez comparativa con el resto de procedimientos ordinarios, sino principalmente porque reúne algunas características propias como:

- No cabe allanamiento a la demanda ni transacción por tratarse de una cuestión relativa al estado civil de las personas.
- No son válidos pactos de sumisión expresa a un Juzgado determinado.
- Es obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del presunto incapaz.
- Las facultades del juez para actuar de oficio e impulsar el procedimientos son mayores que en otros procedimientos.
- Aunque ninguna de las partes lo solicite se debe acordar de oficio el recibimiento del pleito a prueba, y las pruebas esenciales a practicar se hallan tasadas legalmente en el artículo 208 CC.
- La Sentencia se inscribe en el Registro Civil, y a petición de parte, puede inscribirse en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil.

## **Competencia**

Los Juzgados de Primera Instancia serán los encargados de conocer y fallar sobre la incapacidad de una persona.

Con respecto a la competencia funcional, conocerá de los actos de ejecución de la sentencia y resolverá los incidentes y adoptará las medidas cautelares pertinentes, el Juzgado que conoció en primer grado o ante el que se esté sustanciando el proceso principal. Las Audiencias Provinciales van a conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones interlocutorias o contra la sentencia definitiva que se haya dictado en primera instancia. Con respecto al recurso de casación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo deberá sustanciar y fallar los que se interpongan contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

No cabe el denominado recurso de casación foral, por estar sustraída la posibilidad de legislar sobre la materia de capacidad a las Comunidades

Autónomas, aunque no lo recoja de forma expresa el art. 149.1 CE al establecer las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva.

Las Comunidades Autónomas no pueden regular las condiciones básicas de ejercicio de derechos o posiciones jurídicas fundamentales, por lo que a priori —la capacidad de obrar— tampoco queda a su alcance.

Sobre la competencia territorial la regla 1ª del art. 63 LEC señala que en las demandas sobre el estado civil será competente el del domicilio del demandado.

La determinación de la competencia territorial plantea numerosos problemas, especialmente en aquellos casos en los que una vez interpuesta la demanda los familiares y el incapaz se trasladan de residencia. Ante esta situación, se formula una posible solución en la práctica judicial, cual es el desistimiento del actor. Aunque esta figura del desistimiento no está expresamente regulada en el procedimiento de incapacidad, numerosos Jueces y Tribunales la admiten por analogía, exigiéndose siempre la conformidad del demandado así como la del Ministerio Fiscal. Con ello acordado el archivo del procedimiento iniciado el Fiscal o el Juez de Instancia puede remitir testimonio de lo actuado al Juzgado o a la Fiscalía donde se haya fijado la nueva residencia del incapaz.

Situación distinta es la del incapaz que se halla ingresado judicialmente en un Centro Psiquiátrico y que por motivos terapéuticos es trasladado a un nuevo Centro de Internamiento más adecuado a la deficiencia que padece. En estos casos el criterio seguido por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de San Sebastián y refrendado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es mantener la competencia del Juzgado que inicialmente acordó el internamiento, sin perjuicio de que a través del correspondiente mecanismo legal del auxilio judicial se recabe información sobre la evolución del paciente o incapaz.

## **Legitimación**

### **Legitimación activa**

El legislador ha querido que sólo las personas ligadas por estrechos vínculos de carácter familiar al pretendido incapaz posean la facultad de accio-

nar (art. 202 CC). Esta condición deberá acreditarse con la presentación de la demanda de incapacitación generalmente aportando al efecto los correspondientes documentos de identificación o partidas de nacimiento. Adquiere así la legitimación la naturaleza de requisito procesal dilucidándose su existencia al principio del proceso. No cabe, por tanto, una especie de acción popular, aunque cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el que un sujeto supuestamente padece alguna enfermedad o deficiencia incapacitante, para que ese órgano público inicie el procedimiento si lo estima oportuno.

El Ministerio Fiscal también tiene asignada ex lege legitimación activa.

Ésta le viene dada no sólo en virtud de lo estipulado de forma expresa en el art. 203.1 CC sino en su Estatuto Orgánico (art. 3 núms. 6 y 7).

Pero no sólo tiene, en el proceso objeto de nuestro estudio, esa función de promoción —obligatoria pero subsidiaria a la vez— que conlleva que el M.F. ocupe la posición procesal de demandante, sino que recae sobre él el peso fundamental del proceso, consecuencia inmediata del interés social y público que en el procedimiento está en juego. Así pues, con base en lo dispuesto en los arts. 203, 206 y 207 CC puede actuar: como parte activa, como defensor y representante del incapacitado, y como interviniente, tomando parte en el proceso, vigilando la regularidad del mismo, sin adoptar decisión de parte.

En el supuesto de incapacitación de menores —novedad introducida en nuestro Código Civil merced a la reforma de 1983— la legitimación está limitada a los titulares de la patria potestad o de la tutela (art. 201, en relación con el art. 205 CC).

Tratándose de mayores de edad el artículo 202 del Código Civil extiende la legitimación al cónyuge o descendiente, y en defecto de estos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz. En consecuencia quedan excluidas las personas unidas por análogas relaciones de afectividad a las del cónyuge, y el cónyuge divorciado.

No es posible que el supuestamente incapaz inste él mismo directamente el proceso de incapacitación. No cabe autopetición de incapacitación. Se entiende que la capacidad es un bien inherente a la personalidad, no quedando a disposición del sujeto la posibilidad de su renuncia. En todo caso, el enfermo siempre tendrá el cauce abierto de acudir al M.F., comunicarle su insania, pudiendo éste previa comprobación, iniciar el procedimiento si lo estima conveniente.

## Legitimación pasiva

La parte pasiva del proceso de incapacitación es la persona presuntamente incapaz, que es contra quien se dirige la demanda. Su presencia es totalmente necesaria para la viabilidad del proceso. Y su intervención está plenamente justificada porque están en juego importantes derechos de la persona, que afectan de lleno a su capacidad de desenvolverse por sí misma como sujeto de derechos y deberes e, incluso, a su propio derecho a la libertad. El legislador ha querido que de ninguna manera pudiera provocarse indefensión y ha creado un sistema distinguiendo según que la demanda la formule el M.F. o que la haya interpuesto un legitimado distinto del Ministerio Público.

En el primer supuesto, el juez ha de designar un defensor judicial al incapacitando (art. 207.1 CC), salvo que ya lo tuviere nombrado, lo cual no quita para que el propio demandado nombre su propia defensa y representación (art. 207.2 CC). En el segundo de los casos contemplados será defensor el M.F.

## **Tramitación: especialidades probatorias**

Aunque el Código Civil evita el término demanda cuando se refiere al inicio del proceso de incapacitación, entendemos que ésa ha de ser la forma por la que principie el juicio de incapacitación. A través de ese escrito —firmado por Procurador y Abogado— las personas legitimadas para ello por la ley, ponen en conocimiento del órgano judicial que existe un sujeto supuestamente incapaz, con la particularidad de que ese acto procesal lo constituye como parte activa en el proceso que inicia. En la demanda debe hacerse constar explícitamente la acción ejercida, la persona contra quien se ejercita así como los hechos en que basa la acción y los preceptos jurídicos aplicables.

En el proceso de incapacitación no cabe la acumulación de acciones, porque nos encontramos ante un proceso de objeto único. Aunque no existía una norma concreta donde basar esta afirmación, el objeto del proceso es tan específico que excluye cualquier otra pretensión dentro de él ya que las particularidades procesales contenidas en el CC hacen de él un proceso sui generis. Además, si una de las finalidades de la acumulación es lograr una



economía procesal, en nuestro caso el acumular acciones en dicho proceso conllevaría el desembocar en el efecto no deseado de una tardanza todavía mayor en la finalización del juicio.

En cuanto a las posturas que puede adoptar el incapacitando, no difieren de las que cualquier demandado puede realizar en cualquier proceso, aunque los efectos sí van a ser muy diferentes.

### **Allanamiento**

Expresamente lo descarta para estos procesos la Disposición Adicional de la Ley 13/1983. En efecto, la materia sobre la que versa es indisponible para las partes. Pero, además, se exige que se desarrollen todas las fases del proceso no cabiendo una sentencia anticipada no contradictoria.

### **Rebeldía**

El demandado por incapaz puede no comparecer y, por ende, no contestar. Lo que no es posible es que se produzca el efecto jurídico que trae consigo la declaración de rebeldía en cualquier pleito civil. Cabe esa conducta omisiva, pero no cabe la figura del contumaz rebelde: no se puede seguir el juicio de incapacitación en ausencia del demandado. La personación del demandado en este caso no es propiamente una carga sino un imperativo legal.

### **Reconvención**

Carece de todo sentido que se entremezclen en estos procesos cuestiones inconexas para las que el legislador no exige una tramitación especial. La reconvención al ser un supuesto de acumulación de acciones por inserción no puede tolerarse por la complicación procedimental que causaría. El proceso de incapacitación, como hemos insistido más arriba, es un proceso de objeto único. Lo que sí cabría es que dentro de un juicio de menor cuantía iniciado con un objeto distinto a la capacidad de las personas, que el demandado plantee una reconvención en su contestación estimando que el actor es incapaz, siempre que sea una de las personas legitimadas por los arts. 202 y 205 CC.

Al seguirse los trámites del menor cuantía, la celebración de la comparecencia sería de obligado cumplimiento, en virtud del mandato imperativo contenido en el art. 691 LEC. En el proceso objeto de nuestro estudio la comparecencia, en nuestra opinión, debería tener un carácter potestativo.

Como quiera que en el mismo resulta obvio que la comparecencia no puede tener como fin intentar un acuerdo entre las partes; ni que se suscite la inadecuación del procedimiento dados los términos del art. 484.2º y la Disposición Adicional de la Ley 13/1983; ni que la fijación del objeto litigioso o la delimitación de los términos del debate pueda vincular al juez, en la medida que la voluntad de la partes en orden a la ulterior resolución judicial es ineficaz pues no se permite fijar los hechos sobre los que deberá versar la actividad probatoria, ni puede darse una eventual admisión de hechos —*ficta admissio*— parece que la inutilidad de la comparecencia sería patente.

Sólo el supuesto establecido en la regla 3ª del art. 693 LEC, referente a la subsanación de defectos y salvedad de faltas, podrían tener aplicabilidad en la medida en que se han de respetar, también en el juicio de incapacitación, ciertas formas procesales encarnadas en presupuestos y requisitos que habrá que subsanar o salvar en su caso. Lo que ocurre es que por el control que desde el inicio del proceso ejerce el juez, éste puede observar dichas carencias ordenando su corrección en cualquier estado del mismo e intentando subsanarlas a fin de que no entorpezcan el desarrollo del proceso.

La fase de prueba y desarrollo de la misma va a adquirir unos contornos muy singulares en el juicio de incapacitación. El legislador ha conferido al juez un papel que se extiende a límites no habituales en el proceso civil, estableciendo una actuación de oficio similar a la que es propia de la fase de instrucción del proceso penal. El art. 208 CC supone la quiebra y la desvirtuación del principio dispositivo, del de aportación de parte y del de verdad formal que rigen en el proceso civil. El juez, personalmente, debe preocuparse de llegar a la certeza —a la verdad, sin adjetivos— de que la enfermedad o deficiencia, física o psíquica, grave y persistente, que supuestamente padece el demandado le impide autogobernarse y que, en consecuencia, procede la declaración de incapacidad.

Con la reforma del Código Civil del año 1983, se amplían los medios de prueba que necesariamente han de llevarse a cabo, de oficio o a instancia de parte, pudiendo además el juez en cualquier momento del proceso ordenar la práctica de otros medios probatorios de los fijados en el art. 208 CC, aunque ni se hubieran pedido por las partes ni estuvieran las mismas de acuerdo en dicho recibimiento, lo cual introduce un cambio profundo en la estructura que mantiene el menor cuantía en cuanto a las fases del procedimiento. De obligado cumplimiento se establecen la audiencia de parientes más

próximos, el examen del presunto incapaz por el juez y el dictamen de un facultativo.

La posibilidad de llevar a cabo esa prueba de oficio ordenada por el juez, fuera incluso del período probatorio, podría hacerse a través de las diligencias para mejor proveer previstas en el art. 340 LEC. Sin embargo, pensamos que éstas no son el instrumento procesal adecuado para materializar esos poderes de instrucción dados al juez en el juicio de incapacitación.

Las posibilidades de actuación del juez en este supuesto son mucho mayores que lo estipulado en los arts. 340 y ss LEC, quedándose estrechas dichas facultades.

En cuanto al reconocimiento del presunto incapaz por el juez ha establecido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de Febrero de 1989, confirmada por otra de fecha 12 de Junio de 1989, tiene carácter esencial y sustantivo, alcance constitucional en relación con la protección y el respeto debido a las personas. Es más, según la STS Sala 1ª de 31 de Diciembre de 1991, este examen directo del presunto incapaz, ni debe calificarse de reconocimiento judicial (art. 64 de la LEC) ni de inspección personal (arts.1240 y 1241 del Código Civil) y, continúa más adelante, se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada y, cuando el juez no examine personalmente al incapaz, conforme manda el art. 208 del Código Civil, debe ordenarse la nulidad de todo lo actuado a partir de que pueda entenderse cometida la referida infracción por omisión (STS, Sala 1ª de 23 de Mayo de 1991).

El examen del presunto incapaz del art. 208, se traduce en una entrevista que debe ser dirigida por el juez y que no precisa orientaciones periciales ni directrices psiquiátricas o cosas parecidas, que tiene, en suma por finalidad obtener el juez una percepción sensorial inmediata de las circunstancias y de la situación real del presunto incapaz.

## **La sentencia y los medios de impugnación**

Las sentencias dictadas en un procedimiento de incapacitación —cuando estiman la incapacidad— son de naturaleza constitutiva necesaria. Esta clase de resoluciones ponen de relieve la absoluta necesidad del proceso para la definición del derecho de las partes y una cierta creatividad judicial del derecho, porque sólo a través de esa decisión la persona entra en un estado civil nuevo: el de incapacitado.

La persona jurídicamente incapaz no existe hasta que lo declara el juez por sentencia.

En virtud de la discrecionalidad dejada al órgano judicial por el legislador en el art. 210 CC, la sentencia podrá modificar la capacidad de obrar de una determinada persona sólo en parte, de forma gradual, dependiendo de la intensidad de la deficiencia y enfermedad que padezca y el grado de discernimiento o de la aptitud de gobernarse por sí mismo que el juez haya apreciado en el incapacitado.

La congruencia de las sentencias, en la acepción procesal clásica del término, no va a encajar del todo en los procesos de incapacitación al desvirtuarse en estos el principio dispositivo. Los pedimentos de la demanda con referencia al alcance de la figura tuitiva que el actor considere más adecuada, no van a vincular de ninguna manera al juez. Los únicos límites que va a tener el juez es el no poder pronunciarse sobre asuntos no discutidos en el pleito como una exigencia del principio de audiencia, y que al estar en un proceso de objeto único no podría enjuiciar materias distintas a la incapacidad aunque fueran semejantes.

La sentencia dictada en un juicio de incapacitación no origina una causa juzgada modificable, sino lo que se pretende es que habiendo variado las circunstancias de la enfermedad por la que se incapacitó, se devuelva a su origen y natural estado a la persona que fue en su día declarada incapaz (art. 212 CC). Esto no atenta a la cosa juzgada por fundarse en hechos no juzgados en la primera sentencia. La sentencia de incapacitación debe ser esencialmente revisable, cediendo en este caso el interés público general de la inmutabilidad de las resoluciones firmes ante la eventual lesión de un derecho fundamental a la libertad y a la seguridad jurídica.

La sentencia incapacitante tiene efectos erga omnes: se produce una extensión de la cosa juzgada a terceros, a quienes no han sido partes, como consecuencia del interés público que subyace en estos pronunciamientos judiciales. A partir de la sentencia incapacitante deja de estar vigente el principio conforme al cual ha de presumirse la capacidad de obrar de toda persona. En consecuencia no caben efectos retroactivos en la declaración de incapacidad, ni se va a bastar por sí sola la sentencia que incapacita para considerar nulos los actos anteriores a ella.

La finalidad del procedimiento de incapacitación no es sólo la declaración final de incapacidad o no de una determinada persona, sino que va más allá. Esa resolución ha de sentar las bases de la actuación posible de dicha per-

sona, de cómo se le va a ayudar de cara a su presencia en la sociedad, a su rehabilitación y posible integración en la misma, etc. A estos objetivos tiene la discrecionalidad dada al juez para fijar en la sentencia los límites y extensión de la incapacidad y el órgano protector más adecuado dependiendo del grado de discernimiento de la persona (art. 210 CC). En este último supuesto, la sentencia deberá expresar, en su caso, la rehabilitación o la prórroga de la patria potestad o, de forma subsidiaria, que el incapaz queda sometido a tutela o curatela. El nombramiento concreto de tutor o curador ha de hacerse no en la misma sentencia que incapacita, sino en un momento posterior y por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria.

En caso de apelación, el Tribunal debe gozar de idéntica libertad probatoria que el de primera instancia, sin necesidad de acudir al artificioso sistema de las diligencias para mejor proveer. Como ha manifestado el Tribunal Supremo (Ss 20.II.1989 y 12.VI.1989), “quien declara la incapacidad y precisamente quien la declare ha de haber examinando por sí mismo —sea juez o Tribunal— al presunto incapaz”. La presencia del demandado ante el Tribunal no constituye solamente un valioso dato probatorio sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones.

Sin embargo, se limita la búsqueda de la verdad únicamente hasta el momento correspondiente a la segunda instancia. Más arriba, en casación, no se permiten más investigaciones, so pena de convertir la casación en una tercera instancia.

Con base a lo que hemos señalado con referencia a la prueba en la segunda instancia, parece que el Tribunal de apelación va a ser tan libre como el de primera para determinar el alcance de la incapacitación. En nuestra opinión, el contenido del art. 210 CC obliga tanto en primera como en segunda instancia. De ahí que la actuación se realizará sin las limitaciones que impone en el procedimiento civil la *reformatio in peius*. El Tribunal va a poder pronunciarse sobre aspectos de la sentencia que hayan sido objeto de apelación y que, por tanto, hubieran devenido firmes en virtud de ausencia del principio dispositivo en segunda instancia.

La sentencia constitutiva de incapacitación se basta y se sobra para la finalidad a que tiende, no siendo precisa la ejecución. Sólo será necesario, por medio de meros actos consecuenciales, llevar a término algunos de los extremos de la resolución —siempre sentencia— dictada en el proceso de incapacitación: anotación o inscripción en los Registros Civil, de la Propiedad o Mercantil, que se nombre tutor o curador según se haya espe-

cificado, etc. Tampoco cabe la ejecución provisional de la sentencia, como se encarga de establecer el art. 385.3º LEC de forma tajante.

Obligatoriamente la sentencia incapacitante ha de ser inscrita en el Registro Civil correspondiente, aunque, obviamente, la inscripción no es constitutiva del estado civil del incapaz. Por lo que respecta a la inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil ésta es totalmente voluntaria. El efecto principal de la misma es cerrar el Registro a actos nulos otorgados por quien carece de legitimación para otorgarlos.

## **Medidas cautelares**

Como el procedimiento de incapacitación puede durar bastante tiempo por imperativo del principio de contradicción en el ámbito del procedimiento de menor cuantía (en los Tribunales de Justicia de Guipúzcoa entre 6 y 9 meses), las circunstancias del caso concreto pueden demandar una intervención inmediata en orden a la protección personal y patrimonial del supuesto incapaz. Para lograr ese objetivo, los arts. 209 y 203.2 CC regulan de forma muy amplia y permisiva la adopción de medidas cautelares. Así, se podrán adoptar discrecional y libremente por el juez, de oficio o a instancia de parte -incluyendo al propio demandado, lo cual no deja de ser excepcional en nuestro derecho- y en cualquier estado en que se encuentre el proceso. No se determinan el tipo de medidas que se podrán tomar, aunque distingue entre medidas de protección de la persona y medidas de protección del patrimonio.

En el primer grupo se incluirían medidas tales como los internamientos involuntarios del presunto incapaz. También en este grupo se puede incluir la medida de sumisión a través de tratamiento ambulatorio, sin precisar de un ingreso hospitalario. Tal medida no aparece regulada en el Código Civil, pero en la práctica resulta ser la medida más adecuada y necesaria para tratar determinados enfermos que no prestan su consentimiento a recibir el tratamiento médico prescrito para su dolencia. Ante la ausencia de consentimiento, se hace preceptiva la intervención del juez, como garante de los derechos fundamentales de la persona, para que controle la necesidad de ese tratamiento y autorice su imposición, de forma análoga a las previsiones que contiene el artículo 211 del Código Civil para el internamiento involuntario

## Referencia particular al internamiento involuntario

### **Consideraciones generales**

De todas las citadas medidas cautelares, el internamiento es la que tiene una mayor trascendencia en el ámbito personal.

El derecho a la libertad, reconocido en el artículo 17 de la Constitución española, es la premisa y fundamento de la intervención judicial en esta materia. Dicho artículo debe completarse en esta materia con otros preceptos constitucionales como el artículo 43.1 (derechos fundamentales del enfermo en relación con la protección de su salud) y el artículo 49 (prevención, tratamiento, rehabilitación o integración de disminuídos físicos, sensoriales o psíquicos).

La decisión de proceder al ingreso forzoso urgente de un enfermo mental involucra, no sólo al paciente, sino también a la familia y a la autoridad judicial.

El art. 211 del Código Civil establece: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá Autorización Judicial.

Ésta será previa al internamiento, salvo que por razones de urgencia hiciese necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas.

El internamiento de menores se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

Asimismo la Instrucción 3/1.990 de 7 de Mayo de la Fiscalía General del Estado “Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en Residencias de la tercera edad” estableció: En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el art. 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial.



# LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE INCAPACES. LA TUTELA

PATXI URIZ JUANGO

---

Fiscal de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa



## **Los sistemas de guarda y la crisis de los mismos**

Acordada la incapacidad de una persona el siguiente paso es adoptar un sistema de guarda que sustituya al incapaz en todas aquellas actuaciones que no puede realizar, en virtud de sentencia judicial.

Desde un punto de vista histórico los sistemas de guarda que han existido a lo largo de la historia en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes.

- En sus orígenes el Código Civil adoptó un sistema de “tutela de familia”, basado en las Juntas de Parientes o Consejos de Familia que buscaba más que una protección integral del incapaz, la de los intereses económicos de éste y de las personas llamadas a sucederlo.
- La reforma de 23 de Octubre de 1983, realizó un cambio sustancial de la regulación existente adoptando las siguientes directrices:
  - Se diversifican las instituciones tutelares para que puedan adaptarse a las necesidades de cada caso concreto.
  - Se cambia el sistema de Tutela de Familia, por el de tutela de la autoridad, en el que se concede a un alto órgano -en nuestro caso el Juez - la dirección y control de la tutela.
  - Se establece para la incapacitación el procedimiento de menor cuantía, ya explicado en la ponencia anterior.

Sin embargo esta reforma de la tutela que supuso, en su momento, un

paso importante, hoy también se encuentra obsoleta. En estos 17 años la sociedad ha continuado cambiando a pasos agigantados. Los cambios en el sistema de valores con una menor solidaridad familiar, las nuevas necesidades que la sociedad de consumo plantea... hace que la clásica tutela ejercida por un familiar al estilo tradicional tenga cada vez menor incidencia, optándose por otras formas de protección - tutela profesional o por personas jurídicas - a las que se les aplica la misma regulación que a la tutela individual familiar, debiéndose adaptarse aquellos al modelo de éste, lo que no es demasiado operativo. Es preciso por todo ello, buscar nuevas soluciones introduciendo en el derecho común figuras como la autotutela, regulando "ad hoc" las tutelas no familiares, simplificando la constitución y regulación de las mismas...

## **Mecanismos de protección en nuestro ordenamiento jurídico**

Nuestro Código Civil establece varias formas de protección en el art. 215 al exponer:

“ La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- La tutela.
- La curatela.
- El defensor judicial.”

Junto a éstas hay que incluir la patria potestad prorrogada o rehabilitada (art. 171 C.C.) que realiza funciones de protección y la guarda de hecho (art. 303 a 306 C.C.) que no se incluyen en la numeración del art. 215.

Vamos a realizar un estudio somero de los diferentes sistemas de protección, para centrarnos posteriormente en la Tutela, de un modo más extenso y completo.

### **Patria potestad prorrogada**

Se optará por esta institución siempre que estemos ante un menor de edad. La prórroga se debe aplicar, en principio, aun cuando el menor esté emancipado, aunque personalmente considero que en estas ocasiones la

mejor solución es la tutela ordinaria.

## **Rehabilitación de la patria potestad**

Para la aplicación de esta medida se requiere dos requisitos; por un lado, la soltería, y por otro lado, la convivencia con los padres.

Uno de los mayores problemas que nos encontramos en relación con la patria potestad prorrogada o rehabilitada, son las diferencias que existen entre la regulación de la patria potestad (art. 154 y siguientes del Código Civil) y la de la tutela (art. 259 y siguientes del Código Civil), por tanto la posibilidad de que en determinados supuestos sea mejor establecer una tutela que adoptar la rehabilitación o prórroga de la patria potestad. A modo ejemplificativo podemos encontrar las siguientes diferencias:

- En la patria potestad los actos realizados por uno de los padres son válidos, mientras que en la tutela atribuida a ambos, es necesario que ambos participen en cada acto de tutela.

- En la patria potestad la administración de los bienes abarca la totalidad de los bienes del incapaz menos los que se recogen en el art. 164 ( bienes adquiridos a título gratuito cuando el donante así lo haya establecido, los adquiridos por sucesión en la que los padres han sido desheredados, y los adquiridos por el mayor de 16 años con su trabajo), mientras que en la tutela la administración de los bienes abarca la totalidad de los mismos.

- El art. 165 del C.C. establece la posibilidad de los padres de destinar parte de los recursos del incapaz al sostenimiento de la cargas familiares.

- Los actos para los que se necesita autorización en la patria potestad (art. 166) son diferentes que los establecidos en la tutela ( art. 271).

Desde un punto de vista personal, y dada la falta de regulación existente en la materia y el principio fundamental que rige las cuestiones relacionadas con los incapaces, que es el de actuación en interés del incapaz, considero que serán las circunstancias de cada caso ( personales y familiares del incapaz) las que nos hagan optar por un sistema u otro de protección del mismo. Además es de tener en cuenta que el art. 236.2 del C.C. establece que la tutela atribuida a los padres se realizará conjuntamente y de forma análoga a la patria potestad.

## **Defensor judicial**

Recogido en el art. 299 del C.C., para aquellos casos en los que existan

conflicto de intereses entre el tutor y el incapaz. Se caracterizan por su temporalidad, y que realizado el acto que origina su existencia, se extingue su obligación debiendo rendir cuentas ante el Juzgado de las gestiones realizadas.

## Curatela

Se aplica en aquellos casos en que se dé una incapacidad limitada y restringida. Los supuestos más habituales en que se da este sistema de protección son los siguientes:

- En aquellos casos en que exista en la persona a incapacitar una total normalidad psicológica pero con algún déficit físico que limita su posibilidad de comunicación y expresión normal. (Por ejemplo, un sordomudo que no sepa leer ni escribir).
- En aquellos casos en que se padezca una enfermedad que no afecte totalmente a la capacidad conservándose totalmente en situaciones de compensación, pero precisando una actividad de protección limitada para los momentos de ataque de la enfermedad. (Como sucede en las enfermedades de carácter cíclico). En estos supuestos la solución pasa por dos vías; la primera por limitar la incapacitación a los momentos de crisis, la segunda, la incapacitación permanente. Si desde el punto de vista estrictamente legalista la solución adecuada es la primera, se crea una situación de inseguridad jurídica, porque se tendría que examinar cada acto que realiza el enfermo y posteriormente, examinar si actuó conscientemente o bajo la enfermedad, con las consecuencias que lleva consigo, por lo que el Tribunal Supremo ha optado en estos casos por una incapacitación permanente limitada a la esfera patrimonial sólo a efectos de disposición y administración extraordinaria.
- Enfermedades de carácter físico que afecten al autogobierno de una persona siempre que no requieran una mayor protección.

## Tutela

La tutela está pensada para todos aquellos casos en que se determine una incapacidad total. También para los casos de incapacidad limitada en que no proceda la curatela, si bien en estos casos habrá que indicar expresamente a qué actividades alcanza la actividad protectora. El principal problema que presenta la regulación de este instituto protector se encuentra en que la misma se orienta a la tutela familiar individual, aplicándose al resto

de las formas de tutela que la dinámica social ha ido implantando lo que crea innumerables disfunciones e incongruencias.

Podemos contemplar las siguientes formas de tutela:

- Tutela individual familiar: Sistema acogido en nuestro ordenamiento con carácter básico.

- Tutela individual profesional: Que es recomendable en casos de ejercicio y administración compleja.

- Tutela por el director del centro donde el incapaz se encuentra internado: Que es útil cuando hay desamparo del incapaz. Esta medida si bien no puede catalogarse de obligatoria, la situación de guardador de hecho puede hacer recomendable su constitución como tutor, no como deber, sino como garantía de la actuación del propio director.

Actualmente y en base a un acuerdo entre la Diputación, Hurkoa, Atzegi y otras instituciones, y la Fiscalía de San Sebastián, es difícil que se produzca situaciones en las que el Director asuma la función de tutela, aunque no es descartable ni mucho menos esta posibilidad.

- Tutela por fundaciones y asociaciones públicas o privadas.

## **Tutela de las personas jurídicas**

Es una posibilidad introducida por la reforma de 1983, y ha supuesto un instrumento importante de protección tutelar para aquellos incapacitados que carecen de parientes, o cuando éstos no son idóneos o están imposibilitados para ejercer el cargo.

Sin embargo, no todo son ventajas en este sistema de tutelas. El primer problema que se presenta, es la falsa sensación de seguridad que crea en los familiares de los incapacitados, y que hace que éstos y el resto de la sociedad se desresponsabilice. El segundo, es la burocracia a la que la tutela se ve abocada. Otro de los problemas que se plantean es la falta de afecto real cuando las tutelas son ejercitadas por personas jurídicas ya que las funciones de gestión de la institución suelen prevalecer sobre las de vigilar una correcta asistencia.

La tutela puede ser ejercida por instituciones públicas o privadas. Dentro de la primera podemos hablar del Instituto Almeriense de Tutelas, la agencia Madrileña para las Tutelas de Adultos, la Comisión Tutelas de Adultos

de Extremadura, entre otras, que poseen entre sus fines la aceptación de tutelas y curatelas, tanto de personas, como de patrimonios, así como la defensa judicial que les encomiende la autoridad judicial, junto con la de asesoramiento y asistencia de familiares y otros tutores, así como realizar convenios y contratos con personas físicas y jurídicas sobre estas materias.

Los requisitos que son necesarios para que una persona jurídica pueda actuar como tutora son los siguientes de acuerdo con el art. 242 del C.C.:

- Que se trate de una persona jurídica legalmente reconocida.
- Que no tengan finalidad lucrativa.
- Que entre sus fines específicos se encuentre la protección de incapaces.

## **Procedimientos para el nombramiento de tutor**

### **Iniciación**

De acuerdo con los art. 228 y 229 del C.C. los sujetos obligados a iniciar el procedimiento son el Juez, el Fiscal, los parientes llamados a la tutela y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado.

En la actualidad se ha conseguido en la mayoría de los Juzgados de Guipúzcoa que sea el propio Juzgado que conoce de la incapacidad, el que de oficio inicie el procedimiento, por las ventajas que de facto se producen como consecuencia de esta medida (una mayor celeridad, un mejor conocimiento de las circunstancias personales, familiares y sociales del incapaz...).

En todo caso, cuando la iniciación se produce a instancia de parte se debe acompañar la sentencia de incapacitación y una relación de los parientes más cercanos a efectos de que sean oídos posteriormente.

### **Investigación**

Cuya finalidad es encontrar a la persona más adecuada para ejercer el cargo de tutor. Para ello se oyen a los parientes más cercanos los cuales pueden manifestar acuerdo acerca de la persona idónea para ejercer el cargo de tutor, o en cambio, pueden surgir discrepancias. En estas últimas situaciones puede ser recomendable atribuir la tutela a personas que son ajenas al conflicto, aún cuando no exista relación con el incapaz, dado que a la larga evitar conflictos familiares es más beneficioso para el incapaz,

desde el punto de vista personal y familiar, que atribuir la tutela a alguno de los sectores enfrentados.

### **Resolución por auto. Contenido y recursos**

La resolución que pone fin al expediente tendrá la forma de Auto ( art. 369 Ley de Enjuiciamiento Civil y 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dicha resolución deberá tener el siguiente contenido:

- El nombramiento de tutor.
- Los órganos de fiscalización que se consideren convenientes para un correcto desarrollo de la tutela.

Contra el Auto de nombramiento de tutor cabe interponer el recurso de Apelación.

### **Notificación del auto conteniendo el cargo de tutor**

Notificado el Auto de nombramiento de tutor es necesaria la aceptación del mismo por el tutor designado en el Auto. En este sentido, el art. 216 del C.C. dice que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del incapaz y se tutelarán por el Juez. Partimos por tanto, de la obligatoriedad de la función tutelar. Ello es debido a que la tutela constituye un oficio de Derecho Privado creado a imagen y semejanza de la patria potestad, y por ello tiene un carácter debido, por lo que el llamamiento efectuado por el Juez es irrenunciable.

Sin embargo la ley también establece diferentes supuestos en los que la persona designada por el tutor pueda excusarse diferenciando entre aquellos casos en que la persona designada es una persona física (edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, o falta de vínculos de cualquier clase entre el tutor y tutelado, o cualquier circunstancia que haga excesivamente gravoso el ejercicio de la tutela), o una persona jurídica, en cuyo caso la única excusa es la de falta de medios suficientes para el ejercicio de la tutela. A pesar de ser la única excusa legalmente establecida se admiten otras (la falta de relación con el tutelado), bajo el principio de interés del incapaz. En todo caso, hay que tener en cuenta que los directores de los centros donde se encuentran ingresados los incapaces apenas pueden alegar excusas ya que como poco actúan como guardadores de hecho del incapaz, por lo que en su propio interés y para proteger su actuación es mejor la aceptación de la tutela que el ejercicio de facto de la misma.

En cuanto a la forma de aceptación basta con la comparecencia ante el

Juzgado donde el Juez leerá al tutor sus derechos y obligaciones.

## **Ejercicio de la tutela**

El ejercicio de la tutela lleva consigo las siguientes obligaciones

### **Formación del inventario**

Se regula esta obligación del tutor en los arts. 262 a 264 C.C., en el primero de los cuales se establece que “el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo”.

Se trata de una obligación del tutor que no admite excepciones en su cumplimiento. Su razón ha de encontrarse en la compleja finalidad que cumple, en la tutela, el inventario de los bienes del menor o incapacitado:

- Manifiesta la situación patrimonial del tutelado, acreditando exactamente todo aquello que el tutor recibe y el estado en que lo recibe.
- Restringe la libertad del tutor en el ejercicio de su poder de administración.
- Precisa la esfera de la eventual responsabilidad patrimonial del tutor.
- En definitiva, aumenta las garantías del tutelado.

La obligación de formar inventario recae directamente sobre el tutor, no obstante la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal.

De la letra del art. 262 se desprende que los bienes que han de ser objeto de inventario son todos los que integran el patrimonio del menor o incapacitado; sin embargo ha de tenerse en cuenta que pueden existir bienes del tutelado de cuya administración no está encargado el tutor, como se ha visto al examinar los bienes a los que se extiende su administración. Por ello, es opinión generalizada la de que el tutor cumple su obligación formando inventario de los bienes a que se extiende exclusivamente la tutela.

El plazo para la realización del inventario es el de sesenta días. La falta de formación del inventario dentro del plazo legal o de la prórroga concedida, será causa de remoción del tutor, de acuerdo con el art. 247.

### **Rendición de cuentas**

Entre las obligaciones del tutor administrador de los bienes del pupilo se



encuentra la de rendir cuentas de su gestión, rendición que presenta dos modalidades: anual, impuesta por el art. 269.4º, y final, regulada en los arts. 279 a 284.

- **Rendición anual de cuentas**

Según el art. 269 el tutor está obligado, “4º. A informar al Juez anualmente de la situación del menor o incapacitado y a rendirle cuenta anual de su administración”.

En cuanto a la forma de la rendición anual de cuentas, señala Sancho Rebullida que no queda claro en el precepto si se trata de una rendición contable, numérica y rigurosa con un debe y un haber estrictamente cuantificado, o un informe globalizado sobre la marcha, dificultades, expectativas, etc., del patrimonio administrado. Considero que es suficiente con la presentación de un informe globalizado de la situación del incapaz, que abarque eso sí, su situación personal y económica.

La prestación de las cuentas anuales no requiere ninguna forma especial, pudiendo hacerse por escrito sencillo o por simple comparecencia ante el Juez, aunque deberá contener los ingresos y gastos habidos durante el periodo a que se refiere.

- **Rendición final de cuentas**

Dice el art. 279.1 que “el tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad Judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo necesario si concurre justa causa”.

La obligación de rendir el tutor cuenta general de su gestión al terminar el desempeño del cargo, es un deber inherente a éste como a todo aquél que consiste en la administración de bienes. Su justicia y necesidad se ofrecen a primera vista, con la sola indicación de su objeto, que es examinar, depurar la gestión del tutor para exigirle en su caso la responsabilidad en que hubiere incurrido.

La rendición de cuenta general corresponde hacerla al tutor en los casos de extinción de la tutela en cualquiera de los supuestos de los arts. 276 y 277, en los de excusa, remoción y cese ex art. 233 C.C. En los casos de fallecimiento del tutor, la rendición de cuentas se hará por sus herederos.

El art. 279 ordena al tutor la presentación de la cuenta general a la Autoridad judicial para su aprobación, sin que en este precepto se indique el

procedimiento a seguir para ello. De acuerdo con la Disp. Adic. de la L. 13/1983, de 24 de octubre el procedimiento a seguir es el establecido en las normas generales sobre jurisdicción voluntaria en la LEC, arts. 1817 y siguientes, teniendo en cuenta, por otra parte, que, según el art. 280, antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oírá al nuevo tutor o, en su caso al curador o al defensor judicial, y a la persona que hubiere estado sometida a tutela o a sus herederos. El expediente de aprobación de la cuenta general finaliza por auto que carece de la autoridad de cosa juzgada, por lo que, dice García Cantero, la autoridad judicial que dio su aprobación no queda tampoco vinculado a ella, de suerte que si en la vía contenciosa vuelve a plantearse el tema, goza de plena facultad para, a la vista de los nuevos datos que aporten, dictar la resolución que proceda, aunque sea contraria a la primeramente emitida.

En caso de formularse oposición a las cuentas presentadas por el tutor, el expediente se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía (art. 1917 LEC); dada la indeterminación de la cuantía, el procedimiento a seguir será el de menor cuantía (art. 487.2 LEC).

Los gastos necesarios de la rendición de cuenta, serán de cargo del que estuvo sujeto a tutela (art. 280).

## **Administración de los bienes del tutelado**

Una de las facetas del objeto de la tutela es, según el art. 215 del Código, la guarda y protección de los bienes de los menores o incapacitados, junta o separadamente de la de la persona, y el art. 270 dispone que “el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados”.

En relación con la administración de los bienes del tutelado, han de ser examinadas las siguientes cuestiones:

### **• Personas a las que se atribuye la administración**

La administración de los bienes puede ser encomendada a un sólo tutor o a varios los cuales podrán actuar solidariamente (en cuyo caso, cada uno de ellos podrá individualmente realizar los actos de administración del patrimonio) o mancomunadamente (en cuyo caso es necesario que cada acto de tutela contenga la firma y consentimiento de todos ellos).

Cuando son varios los tutores a quienes corresponde la administración de los bienes, supuesto al que alude el art. 236, cabe que la administración esté

atribuida sin distinción de esferas y a todos ellos les corresponderá ésta, de acuerdo con las reglas establecidas en los arts. 237 y 237 bis.

Cabe también que estén atribuidas a los distintos administradores esferas de actuación separadas en relación con distintos sectores del patrimonio sometido a administración, en cuyo caso cada uno actuará independientemente de los restantes en su propio ámbito.

No obstante los términos tan generales con que se pronuncia el art. 270, existen supuestos en que la administración de los bienes del tutelado no corresponde al tutor. Ello ocurre en los siguientes casos:

- Designación por los padres.
- Designación por el disponente de bienes a título gratuito.
- Conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado

#### • **Contenido de la administración**

El art. 270 no establece la extensión de la administración del tutor. De acuerdo con el art. 215 la función de la tutela de los bienes del tutelado es la de la guarda y protección de esos bienes, lo que podría llevar a pensar que la administración confiada al tutor alcanza sólo a los actos conservativos del patrimonio. La doctrina entiende que los poderes de administración del tutor han de interpretarse en un sentido amplio. Según la doctrina el tutor puede realizar, en principio, todos los actos relativos al patrimonio del menor que no sean personalísimos o indisponibles. Por otra parte, dice que tampoco cabe afirmar con rigor que para los actos de administración ordinaria tiene legitimación personal completa y para los de administración extraordinaria necesita autorización del Juez. Parece más práctico, añade, partir del régimen positivo en cuestión y distinguir: actos que puede realizar el tutor por sí sólo y actos para los que es precisa la autorización judicial; aquélla es la regla y ésta la excepción, con lo que resulta que para los actos no enumerados en los arts. 271 y 272 (hoy en el art. 271), no necesita autorización.

#### • **La autorización judicial para los actos del tutor**

Dispone el art. 216 que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”; este control judicial se manifiesta en la actividad de administración de los bienes del menor o incapacitado, limitándolas cuando se trata de actos que exceden de la gestión ordinaria y de las facultades normales de

la administración mediante la exigencia de autorización judicial para realizar determinados actos. Se trata de aquellas actuaciones que tienen una especial incidencia en la vertiente patrimonial de la tutela, por su eventual perjuicio o consecuencias desfavorables, “todo lo cual justifica el que el tutor no pueda por sí sólo decidir en semejantes casos y necesite la intervención del Juez”.

Se pueden señalar como requisitos de la autorización judicial que debe ser previa y concreta:

- Autorización previa. En principio el Juez debe autorizar el acto, si procede, antes de su realización. La autorización debe ser previa al acto para que sea válida su realización posterior.

La autorización judicial sirve como instrumento de control para evitar un perjuicio al incapaz y decidir sobre la conveniencia del acto en cuestión, de manera que éste, por su especial transcendencia, sólo será válido y producirá plenos efectos cuando el Juez valore positivamente esas circunstancias y conceda su autorización al mismo.

- La autorización judicial debe ser concreta y determinada especificando el acto para el que se concede la autorización.

Los supuestos concretos en que se exige la autorización judicial vienen recogidos en el art. 271 del C.C:

“Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones” (art. 271-2º).

Como ejemplos de actos de enajenación onerosa se citan, entre otros, la venta, la permuta, la dación o adjudicación en pago de deudas, la aportación a sociedad, la cesión de solar a cambio de edificación a construir, la constitución de renta vitalicia, etc.

Los actos de gravamen son aquéllos que se traducen en la constitución de una carga o gravamen real; se trata de cargas que tendrá que soportar el adquirente de la cosa a la que afectan. Como actos de gravamen se pueden citar los de constitución onerosa de derechos reales inmobiliarios: usufructo, servidumbres, censos, superficie, hipoteca, anticresis, tanteo, retracto, opción, y demás situaciones de garantías reales inmobiliarias.

Establecimientos mercantiles o industriales. Es opinión unánime que la ley

no se refiere en realidad al establecimiento en su concepto de base física de la empresa, sino a esta misma como conjunto organizado, tal como la define el art. 3.1 de la LAU de 1964 y los arts. 21, 22 y 27 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. El acto dispositivo ha de referirse a la empresa como un todo; en evitación de fraudes, estarán también sujetos a la necesidad de autorización todos aquellos actos que afectando a elementos separados vengan a suponer una alteración esencial de la empresa.

Objetos preciosos. Que no alude tanto al valor económico como al hecho de que sean objetos de singular valor artístico o histórico.

Valores mobiliarios. Se trata de los títulos emitidos en serie, lo que excluye los efectos de comercio.

“Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado” (art. 271.3º).

La referencia general a la renuncia plantea la cuestión relativa a qué clase de renuncia se contrae el precepto, ya que en principio la renuncia en sentido propio o extintiva parecer ser la renuncia gratuita. Una parte de la doctrina aboga por una interpretación amplia y entiende que en el núm. 3º del art. 271 se comprenden tanto la renuncia gratuita como la onerosa y referida a toda clase de bienes o derechos. Otra parte de la doctrina sin embargo manifiesta que el art. 271.3º, cuando habla de renunciar, se refiere a la renuncia propiamente dicha, la abdicativa y, en principio, gratuita.

“Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades” (art. 271.4º).

En la aceptación de la herencia a beneficio de inventario por el tutor, no es necesaria la autorización judicial; por el contrario se precisa de la misma en la aceptación pura y simple ya que, al responder de las deudas del causante, puede resultar afectado el patrimonio del menor o incapacitado, mientras que en la aceptación a beneficio de inventario sólo queda comprometido el caudal relicto.

En cuanto a los legados, no se requiere autorización judicial para su aceptación puesto que según el art. 858.2 “éstos (los legatarios) no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de lo gravado”. Respecto a las donaciones, la doctrina mayoritariamente entiende que no necesita el tutor autorización judicial para su aceptación; puede aceptarlas por sí e, incluso, puede aceptarlas el tutelado cuando se trate de

donación pura y simple, salvo que carezca de capacidad natural o discernimiento suficiente (art. 625 C.C.).

“Para hacer gastos extraordinarios en los bienes” (art. 271.5°).

Frente a esta determinación objetiva del concepto de gastos extraordinarios, se señala que el carácter extraordinario ha de medirse en relación con la fortuna y rentas del tutelado.

“Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años” (art. 271.7°).

“Para dar y tomar dinero a préstamo” (art. 271-8°).

La doctrina aplica el precepto a los préstamos concertados por el tutor con un tercero, sea este el prestatario o el prestamista, y la contraparte el representante del tutelado; se excluye del ámbito de aplicación de este núm. 8 del art. 271 los supuestos de “autocontratación”, prohibida, en general, por el art. 221.

“Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado” (art. 271.9°).

Viene referido el precepto a aquellos actos transmisivos que por causa gratuita en vez de incrementar, en principio, el patrimonio del tutelado, lo empobrecen.

Se justifica la exigencia de la autorización judicial en cada uno de los dos supuestos que contempla el precepto, en la posibilidad de fraude para el tutelado a través de esos negocios. El primer supuesto se refiere a la cesión a terceros de créditos que el tutelado tenga contra el tutor; la maquinación fraudulenta que trata de evitar este supuesto es clara: el tutor cede a un tercero un crédito que ostenta el pupilo contra él, acordando con ese tercero un bajo precio para la cesión y pagando luego el tutor esa exigua suma al tercero. El segundo supuesto se refiere a la adquisición a título oneroso de los créditos de terceros contra el tutelado. La maquinación fraudulenta en este supuesto, guarda semejanza con la prevista por el legislador en el art. 1535; el tutor adquiere a bajo precio el crédito de un tercero contra el tutelado y lo cobra luego en toda su integridad.

- **La responsabilidad del tutor**

Dice el art. 270 que el tutor “está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”. Para determinar el grado de diligencia exigible al tutor en el cumplimiento de sus funciones, el Código acude al criterio objetivo y abstracto del “buen padre de familia”, el del padre de familia en su grado medio, lo que excluye la culpa levisima. Junto a este criterio abstracto, en el que no es decisivo el agente y su individualidad, han de tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto que determinan la medida necesaria de diligencia y cautela, de acuerdo con el art. 1104 C.C. según el cual “la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Teniendo en cuenta la necesidad de apreciar esas circunstancias a las que se refiere el art. 1104, Gómez Laplaza entiende que la responsabilidad del tutor resultará agravada en los casos en que la tutela sea retribuida.

### **Extinción de la tutela**

En relación con este punto, únicamente vamos a hacer una enumeración somera de las causas que conllevan la extinción de la tutela y que se recogen en el art. 276 del C.C. Son las siguientes:

- Por la adopción del tutelado menor de edad.
- Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.
- Al dictarse una resolución judicial que ponga fin a la incapacitación

La consecuencia de la extinción de la tutela es la necesidad de una rendición general de cuentas, que ha sido explicada anteriormente.



LAS DIFERENTES INCAPACIDADES:  
NECESIDAD DE  
UNA  
DIFERENTE REGULACIÓN LEGAL

JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO

---

Notario



Voy a continuar, como no puede ser menos, con el enfoque jurídico de la institución tutelar; pero tanto por mi condición de jurista práctico, más en contacto con quienes sufren el problema de la incapacidad, como por el haber estado presente desde su nacimiento en la Fundación Hurkoa (1), que hoy nos convoca, pretendo basar mis reflexiones en criterios de orden sociológico, sin más preparación para ello que la de mi experiencia.

Y la primera constatación que quiero hacer es que hoy, la institución de la tutela se encuentra en una situación de crisis. Sin embargo, a diferencia de la crisis en que casi siempre estuvo, ahora se trata de una crisis de crecimiento, de maduración. Esta crisis actual la detecto en un doble ámbito: crisis en cuanto a su aceptación social y, tal vez pero no necesariamente consecuencia de la anterior, crisis en cuanto a su regulación legal.

## **Crisis en cuanto a su aceptación social**

Como dice MARTÍNEZ DIE (2), un ejemplo paradigmático de la «desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno». El hecho de haberse configurado todo el trámite de la incapacitación como un proceso contencioso e inquisitorio, sigue diciendo el mismo autor (3), hace que «los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se ven y seguirán viéndose abocados a dirigir una demanda contra su familiar y a seguir un proceso contencioso y con-

trascriptorio, que tiene por objeto restringir la capacidad de obrar del demandado», características que «contribuyen poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario». En definitiva, como remacha PRAGA GUAITA (4), en la práctica «la tutela sólo se constituye (...) cuando ha de realizarse alguno de los actos que el Código Civil somete a autorización judicial», y mientras no surge tal necesidad «la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando por los padres y, faltando éstos, por los hermanos e incluso por los propios hijos del incapaz en los supuestos de demencias seniles, y estos parientes actúan en la práctica como una especie de Consejo de Familia de hecho, pero sin el amparo que a su actuación otorgaba el régimen anterior».

En todo caso, según la Encuesta sobre Discapacidad realizada en 1986, y retocada en 1988, por el Consejo Económico y Social, se puede estimar que en España existen 800.000 personas discapaces, necesitadas de tutela según los baremos de la O.M.S., de las que al parecer no están incapacitadas ni siquiera el quince por ciento.

Tan patente es este rechazo sociológico a la incapacitación de una persona que está ocurriendo lo siguiente: según el artículo 203 del Código Civil, «las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, concieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal», deber que según DÍEZ PICAZO (5) «es de carácter público, del que puede resultar responsabilidad cuando se incumple de manera dolosa o de manera negligente».

Pues bien:

- Cuando la Administración, en el ámbito de la Seguridad Social, «no sólo conoce sino que reconoce y determina el grado de la invalidez que afecta a las personas que pretenden obtener la condición de beneficiarios» (6), no acostumbra a trasladar tales datos al Ministerio Fiscal.

- Cuando un Tribunal, en el orden penal o en el orden laboral o social, aprecia la eximente o declara la incapacidad permanente, ¿extrae las consecuencias civiles previstas en el artículo 203 citado?

- Cuando un Notario, requerido para autorizar un documento, sea un testamento, sea un poder, o sea de otro contenido cualquiera, deniega su intervención por considerar que el previsto otorgante no es capaz, ¿lo comunica al Ministerio Fiscal?

## Crisis en cuanto a su regulación legal

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformadora del Código Civil en materia de tutela, se caracteriza por algunas notas que conviene resaltar:

Parte de la desconfianza hacia la familia, tal vez porque el anterior sistema de “tutela familiar” había entrado en crisis: como hoy, la familia sólo se preocupaba de constituir la tutela... cuando hacía falta, más por interés de la propia familia que por interés del incapaz. Y pasa de forma radical a la “tutela judicial”, pensando que el Juez defenderá al incapaz mejor que su familia. Así la Senadora SAUQUILLO PÉREZ DEL ARCO, señaló en el debate parlamentario, que aunque muchos creyesen que es difícil el control y vigilancia judicial en relación a la tutela conociendo lo saturados que están los Tribunales de Justicia, esto «no puede ser obstáculo que nos impida crear una nueva Ley que signifique el control absoluto del organismo judicial con respecto a la tutela» (7). Y añadía el Senador Portabella i Rafols: «con el Poder judicial tal y como está ahora, esta ley no se puede aplicar ..., pero de ninguna manera nos puede hacer dimitir de nuestra obligación de legisladores, de nuestra obligación de hacer leyes perdurables y con proyección de futuro» (8).

Como comenta MARTÍNEZ SANCHIZ (9), «pareciera que nuestros legisladores, deseosos de parangonar nuestro derecho tutelar con el francés (Ley de 14 de diciembre de 1964) y con el Código Civil italiano, han acabado dictando una Ley para el futuro, a lomos de profecías, desconectada de la realidad española».

Intenta resolver la situación de un grupo de incapaces, con asociaciones familiares bien organizadas y con posibilidades de presión política. DÍEZ PICAZO (10) nos dice cómo «la reforma de la tutela ha aparecido en el horizonte movida por razones distintas, cuya raíz última se encuentra en la situación de las personas que eufemísticamente se han llamado subnormales o minusválidas». Precisamente por ello olvida un colectivo hasta ahora no organizado, como es el de las personas mayores que, habiendo sido capaces toda su vida, llegan a ser incapaces por diversos motivos y enfermedades. Tal vez el olvido se basó, como cuenta MARTÍNEZ DIE (11), en el falso planteamiento del diputado PÉREZ ROYO al defender la enmienda presen-

tada por su partido de entonces, el Partido Comunista, confundiendo incapacitación y tutela y promoviendo la posibilidad de que el mismo presunto incapaz pudiera promover su propia incapacidad y articular su propio sistema tutelar: «al quedar conectadas en la enmienda la auto-solicitud de incapacitación y la autotutela, el rechazo de aquélla ocasionó el de ésta, aunque ni siquiera se llegó a debatir sobre el particular». En definitiva, como dice PUIG BRUTAU (12), el sometimiento «a una misma institución de incapacidades tan distintas como las de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados» (esta última hoy abolida), da lugar a una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización.

Y la evidencia de tal crisis de su regulación legal se plasma definitivamente:

- En los innumerables trabajos recientemente aparecidos sobre el tema, siendo de destacar las Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación celebrado en Barcelona el año 1998 (13).

- En el informe de la Ponencia especial, constituida en el seno de la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales del Senado español, aprobado por acuerdo del Pleno del Senado en sesión de 2 de diciembre de 1999 (14), entre cuyas conclusiones, sin tocar a los colectivos de los mencionados “subnormales o minusválidos”, urge:

- Garantizar el derecho a una asistencia sociosanitaria correcta, estableciendo los planes de actuación precisos, dotándolos de suficiencia económica y formando adecuadamente a los profesionales que deban prestarla.

- Ayudar a las familias que deban atender a este tipo de enfermos con las medidas informativas, formativas y económico-sociales necesarias.

- Proceder a una revisión del procedimiento de declaración de incapacidad para este tipo de personas, en el sentido de mejorar la protección del mismo, valorándose la creación de la figura del tutor.

- Promover la creación de fundaciones de carácter público, que velen por los derechos de las personas mayores con incapacidad, que no tienen oportunidad de designar un tutor.

- Reformar la legislación vigente en aquellos principios que puedan abrir puertas a interpretaciones jurídicas que pudieran limitar los derechos de los mayores en referencia a los casos de internamiento por razón de trastorno psíquico.

- Proteger los derechos fundamentales de los mayores internos en centros de carácter psiquiátrico mediante normativas adecuadas.

• En las recomendaciones del Defensor del Pueblo, en este año 2000 (15), y especialmente al Ministerio de Justicia, que dicen así:

«Primera.- Que se valore la oportunidad y conveniencia de elaborar los correspondientes proyectos legislativos para regular de manera armónica, en el marco de la legislación civil, todos los aspectos que atañen a las personas mayores, como son los internamientos involuntarios en centros geriátricos, los derechos de las personas internadas en los mismos y su limitación cuando ésta sea precisa para proteger su vida, salud o integridad física, o las de terceras personas.

Asimismo, que se considere la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Cataluña.

Segunda.- Que se estudie la posible modificación de la legislación penal al objeto de dar una mayor protección a las personas mayores dependientes cuando son víctimas de hechos delictivos, en especial a través de la consideración que debe darse a la vejez en el marco de la regulación de la agravación de la responsabilidad penal».

Y, desde la atalaya de su quehacer diario, el Notariado, que había organizado un Seminario sobre “La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales” en el verano de 1999 en la Universidad Menéndez y Pelayo (16), propuso en su Simposio celebrado este año en Sevilla: «una mayor desjudicialización y flexibilización del funcionamiento de la tutela y un desplazamiento del control judicial al ámbito familiar».

## **Esquema de la exposición**

Expuesto cuanto antecede, procede entrar sin más dilaciones en el tema concreto de mi exposición. Pero dicho lo dicho, creo que he abierto el camino para tratar separadamente, por una parte, de tres clases de tutela por razón del tutelado: la de los menores, hoy incapaces, pero que van a llegar

a ser plenamente capaces; la de los menores que siendo incapaces en cuanto tales, nunca van a llegar a ser capaces, y la de los capaces, mayores de edad, que pueden llegar a ser incapaces.

Y por otra parte, en cada grupo, intentaré resaltar, junto a reformas legales previsibles, la posibilidad de arreglar muchos de los problemas existentes mediante un ejercicio sensato de lo que llamamos “autonomía de la voluntad” o “autocomposición de intereses”, ejercicio que, en manos del Notariado, bien puede convertirse en otra fuente creadora del Derecho por el camino del uso social.

Además creo que ha quedado fundamentado con lo dicho, máxime convocándonos la Fundación HURKOA, dedicada a la tutela de los mayores, el que dedique menos espacio a los dos primeros colectivos de incapaces y destine el grueso de mi tiempo al problema de la tutela de estos mayores que llegan a ser incapaces.

## **La tutela de los menores que llegarán a ser capaces**

Lo normal en este colectivo es que no exista tutela, sino patria potestad, ya que lo normal es que durante la minoría de edad existan los padres o al menos uno de ellos. Pero si llegase a ser necesario el nombrarles un tutor, no hay que olvidar que aquí, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ (17), «las funciones tutelares, en su relación con la patria potestad, actúan siempre como suplentes, con unas características diferenciales que no deben ser desconocidas, por cuanto propenden a la implantación de un órgano artificial que salve la situación de necesidad, a falta del propiamente natural». Al menos, con ENCARNA ROCA (18), cabe decir que «las diferencias entre ambas instituciones deben centrarse en dos aspectos esenciales: la forma de acceder al cargo de tutor, por naturaleza absolutamente distinta de la adquisición de la titularidad en la patria potestad, y el sistema del control del Estado en la tutela y de la actuación del tutor en particular», añadiendo que «fuera de estas cuestiones, puede afirmarse que la patria potestad proporciona, por lo menos, el modelo de estructuración de la tutela».

Aparte de estas observaciones de carácter general, quisiera hacer hincapié en dos diferentes aspectos:

## El ámbito patrimonial

Es sabido que los padres, conforme al artículo 223 del Código Civil, pueden nombrar tutor para sus hijos en testamento, cualquiera que sea su forma, o documento público notarial, pudiendo además «establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Tal disposición plantea, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ (19), el problema de mayor interés práctico, que «estriba en saber en qué medida podrán (los padres) limitar la intervención judicial». Porque el artículo 232 del mismo Código dice que «la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal».

Para una mejor visualización de la cuestión voy a situarla en un caso concreto. Fallecen los padres y dejan como única herencia el piso donde vivían, nombrando tutor de su hijo menor de edad a una persona de su confianza. ¿Podrán otorgarle facultades para que pueda vender tal piso, si lo cree conveniente (como es el caso de que se lleve a vivir al menor a su propia casa) sin necesitar de la autorización judicial que exige el artículo 271, 2º?. Es más, ¿será necesaria para la venta judicialmente autorizada, esa subasta pública de que habla el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?. Incluso para situar el problema en toda su globalidad, si es sólo uno de los padres el que fallece, continuando el otro con la patria potestad, o si es un abuelo u otra persona el que deja bienes a un menor sujeto a patria potestad, éste, el causante o donante, conforme al artículo 227 del Código Civil, «podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla». ¿Podrán eximir de la autorización judicial citada? Y quien habla de venta, habla de cualesquiera otros actos de tipo patrimonial.

Parece que, en principio (20), quien puede lo más, que es “no dar”, puede lo menos que es «modalizar lo donado, u organizar su administración». Esto lleva a decir a GARCÍA CANTERO (21) que el mandato del artículo 232 «no es rigurosamente imperativo». En cambio la D.G. de los Registros y del Notariado, en una Resolución de 1 de abril de 1993, aunque no pudo entrar en el problema porque no le fue planteado, se inclina, en un “obiter dictum”, por exigir, aun en estos casos, la autorización judicial.

Entiendo que la solución adecuada a esta cuestión es la que da MARTÍNEZ SANCHIZ (22): el padre que nombra al tutor, o el testador o

donante que deja bienes al menor, no se encuentran en situación de reducir los casos que enumera el Código Civil en su artículo 271 para los que el tutor o administrador de los bienes del incapaz necesita autorización, pero «podrán cambiar el órgano que deba otorgarlos». Y es que el hecho de que sea la autoridad judicial la prevista en el Código Civil no es una cuestión de “orden público”, como demuestra el que otras legislaciones también españolas, como el Derecho aragonés y el catalán, así lo consienten. Es decir, podrá señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el artículo 271 del Código civil: los abuelos, los hermanos, “los parientes más próximos”, o una Fundación de tipo tutelar, HURKOA por ejemplo. Y tales disposiciones sustitutorias del órgano de autorización, pueden afectar incluso a la legítima del hijo, ya que tales disposiciones no suponen ningún gravamen legítimo.

### El ámbito personal

Hace unos días leíamos en la prensa como desbarraba un Cardenal italiano, Giacomo Biffi, Arzobispo de Bolonia, pidiendo que en Italia se autorizase únicamente la inmigración de cristianos, para que no se perdiera la esencia italiana. Pero ahora yo me pregunto, y os pregunto si desbarro: cuando el artículo 223 del Código Civil otorga potestad a los padres para instruir al tutor designado, estableciendo disposiciones sobre la persona de su hijo, ¿podrá disponer que se le eduque en un determinado ambiente religioso?. Por mi parte entiendo que sí, y que incluso podrá establecer las personas que, integradas en el organismo tutelar, se ocupen en exclusiva de la educación del menor, así como que éstas se vean obligadas a realizar una determinada orientación educacional, incluido el ámbito religioso, siempre preservando la libertad que el menor deberá tener, como la tendría frente a sus propios padres si éstos viviesen. En este ámbito entiendo que no puede extenderse la necesidad de autorización judicial para el internamiento en un establecimiento “de educación o formación especial”, a que se refiere el artículo 271, 1º, del Código Civil, que luego veremos, salvo que se trate de un problema de sectas.

## **La tutela de incapaces “nunc et semper”**

Comenzaré por decir que para este colectivo, incapaces de nacimiento



que nunca van a ser capaces, vale cuanto se ha dicho, en el ámbito patrimonial, para el colectivo anterior, aunque con una precisión: se trata de incapaces respecto de los cuales, generalmente, no va a existir una tutela, al menos hasta muy cerca del final de sus días, sino una prórroga de la patria potestad; y que generalmente no van a tener bienes hasta que fallezca alguno de sus padres, salvo donaciones o legados de otros terceros. Pues bien, así como los mencionados terceros, conforme al artículo 164, 1, del Código Civil, pueden nombrar administradores de lo donado o legado a los mismos padres, organizando en la forma vista el sistema de autorizaciones para los actos previstos en los artículos 271 y 272 del Código Civil por otra vía que la judicial, también el padre o madre que fallezca podrá establecer tal sistema “sui generis” de autorizaciones, aunque continúe la patria potestad en el otro cónyuge, al amparo de lo dispuesto en el artículo 227 y en el citado 164.1, ambos del Código Civil.

Sin embargo, en este colectivo es especialmente importante lo dispuesto en el ámbito personal por el artículo 271, n° 1°: «El tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». Tal precepto es desarrollado por el artículo 211 del mismo Código, que dice así: «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4°, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando estime pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

La redacción de este artículo, proviene de la Ley de Protección del Menor,

Ley 1/1996, de 15 de Enero, que modifica la redacción anterior de 1983, al cambiar el «internamiento de un presunto incapaz», por el «internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí»,y añadiendo «aunque esté sometida a la patria potestad». Los problemas que tal norma está creando en las familias normales, y en Guipúzcoa AGIFES es testigo de primera mano, me hace transcribir el comentario del fiscal FABREGAS RUIZ sobre la Ley 13/1983 y su posterior reforma por la Ley Orgánica de Protección al Menor que da la redacción transcrita (23): «Late en la misma una clara desconfianza hacia los padres, como si lo normal fuese el ejercicio incorrecto de su deber y no el correcto, sometiéndolos al control de los poderes públicos, que al parecer merecen mayor confianza, lo que para GULLÓN es más propio de un Estado Totalitario».

Aunque me acabe metiendo en el colectivo de incapaces siguiente, en relación con este artículo 211 del Código Civil, modificado en 1981, 1983 y 1996, cabe decir, además de lo dicho en cuanto a hijos sujetos a la patria potestad:

- Con el informe repetido del Senado, en cuanto a las personas mayores (24): que «en la práctica se omite la solicitud de la previa autorización judicial no sólo en los casos que afectan a personas de la tercera edad afectadas por enfermedades mentales sino también a personas incapacitadas».

- Y con el informe de la Sociedad Española de Geriátría y Gerontología sobre “La atención sociosanitaria a las personas mayores en España”, anejo a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el año 2000, también citado (25), que «la reciente reforma sobrevenida como consecuencia de la Ley del Menor ha sido realmente perjudicial para el colectivo de personas mayores», insistiendo «en una nueva (N!) revisión del texto que tenga en mente los problemas del mayor, y las presiones que sobre ellas se ejercen en relación con su ingreso en una residencia para personas mayores». Y concluye: «no son pocos los que entienden que el desarrollo adecuado del artículo 211 hubiere requerido una ley específica que contemplara los distintos tipos de internamientos y los diferentes colectivos de personas a los que se dirige».

## **La tutela de los capaces que pueden llegar a ser incapaces**

Este grupo se caracteriza por dos notas fundamentales:

- Que su incapacidad no se produce, habitualmente, salvo casos traumáticos, en un instante. El menor se convierte en mayor de edad al sonar las doce campanadas del día en que cumple dieciocho años. El mayor capaz va convirtiéndose en incapaz poco a poco, gradualmente.
- Que han sido capaces alguna vez, y en tal época de lucidez han podido ejercer su autonomía de la voluntad, asentada en su libertad, que la Ley le otorga, previendo incluso lo que quieren que se haga con ellos cuando lleguen momentos, si llegan, de falta de capacidad. Estamos ante un área de actividades que puede encajarse en lo que hoy se llama inapropiadamente, pero con éxito, “testamento vital”.

Estas notas exigen una constante graduación en el alcance de su capacidad o incapacidad, así como un constante respeto a su voluntad, tanto presente como previamente expresada. A estos efectos conviene detenerse en la nueva regulación alemana, según ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

La nueva legislación alemana, que también tiene motivaciones económicas más espúreas (limitar los gastos de los “Lander” al ser retribuido el cargo de tutor) (26), suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad, y sustituye la incapacitación de los mismos por lo que denomina “Betreuung”, palabra de difícil traducción al castellano, pero que viene a significar “asistencia”, cuando las personas mayores de edad, por deficiencias psíquicas o incluso de orden meramente físico, no pueden ocuparse de sus propios asuntos. Como dice SANTOS MORÓN (27) «la principal finalidad de la reforma ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a sus derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación». Por eso uno de los principios que inspiran esta nueva regulación legal es el denominado “principio de necesidad”, por lo que sólo debe imponerse a un sujeto un “Betreuer”, un asistente, «cuando sea estrictamente necesario, esto es, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo». Y así no entra en juego esta institución de la “asistencia” «cuando el propio individuo, previendo su posible incapacidad, ha otorgado un poder de repre-

sentación a un tercero para que se ocupe de gestionar sus asuntos». La misma autora nos recuerda que «en el desempeño de sus funciones el Betreuer (asistente) debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado», bien que «no es concebido sólo como bienestar físico y social sino también como bienestar psíquico», dándose especial importancia «a la posibilidad del sujeto de tomar sus propias decisiones».

Con este telón de fondo alemán, quiero hacer las reflexiones que siguen sobre el sistema español, tanto en cuanto a lo que se puede pedir de su reforma, como en cuanto se puede prevenir ya hoy con la legislación actualmente vigente. Y en cuanto a lo que se puede pedir de su reforma, dejo aparte, por haberla ya citado, la del artículo 211 del Código Civil, relativo a internamiento de estas personas, para contar mucho más con ellas, y según la capacidad de cada uno, no sólo para su ingreso en centros psiquiátricos, sino también en centros asistenciales, como propone, según vimos, el Defensor del Pueblo. Claro que, se me dirá, donde no hay para escoger, poca libertad puede haber.

### **Posibles reformas legales deseables**

Creo que la primera y fundamental es tomar, donde se dejó, la posibilidad de regular la autotutela, distinguiendo si se quiere entre la iniciación de la incapacitación y la regulación de la tutela. Y no hay que ir muy lejos para ello: el Defensor del Pueblo en el informe citado proponía al Ministerio de Justicia, y yo lo vuelvo a repetir, «que se considere la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Cataluña». Insistiendo el “Informe de la Sociedad Española de Geriátría y Gerontología” también citado (28), que «sería importante que el artículo 234 del Código civil previera como posible tutor de la persona mayor incapacitada a aquél a quien hubiere designado el incapaz, mediante documento notarial, cuando se encontraba en pleno uso de sus facultades».

Ciertamente la referencia que hace el Defensor del Pueblo a la legislación catalana es oportuna. El Código de Familia Catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, dice en su artículo 172:

«1.- Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o

algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.

2.- Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la Ley para ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevinida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.»

Además se establece un Registro de Tutelas y Autotutelas, al que dirigirán el oficio correspondiente los Notarios que autoricen tales escrituras públicas, indicando el nombre de quien se nombre tutor para sí mismo, pero sin indicar la identidad del o de los designados como tutores, Registro cuya consulta es obligada para el Juez antes de proceder a nombrar tutor para un incapaz. Por otra parte, si el Código Civil español vigente, después de decir en sus artículos 271 y 272, para qué actos el tutor necesita la autorización judicial, añada en su artículo 223 que los padres que designen al tutor podrán «establecer órganos de fiscalización de la tutela» u «ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados», y reconocer en su artículo 227 la potestad del que disponga de bienes a título gratuito a favor de estos menores o incapacitados para «establecer las reglas de administración de los mismos», bien podrían también concretarse tales facultades, para que al menos en el orden económico y dispositivo se dictasen normas de desarrollo:

- Similares a las del citado Código de Familia catalán, que prevé la posibilidad de que la autorización judicial sea sustituida por un Consejo de Familia.

- Similares a las de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, ya desde la Ley 15/1967, de 8 de abril, respetada en esto por la nueva Ley 3/1985, de 21 de mayo, que lisa y llanamente, siguiendo el principio de libertad de su “*standum est chartae*”, dice en su artículo 13:

«1.- Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo.

2.- En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia, cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos».

Y ya por este camino de las reformas legales deseables, añadiría dos más:

1.- Que, como en el Derecho alemán, no sólo la incapacidad no sea causa de revocación de los poderes, sino que tampoco lo sea la misma incapacitación, cuando han sido otorgados teniendo por causa la posibilidad de una incapacidad, y sin perjuicio de lo que se defenderá dentro del Derecho positivo vigente. Es más, que tal incapacitación no sea preceptiva si la persona mayor ya adoptó durante su época de capacidad las medidas adecuadas para la salvaguarda de sus bienes, siendo preceptiva la intervención judicial solamente cuando se trate de actuaciones directamente relacionadas con su libertad, modificando como se dijo lo dispuesto en el artículo 211 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que un Derecho tan intervencionista como el francés en el ámbito familiar, que por cierto también regula separadamente la tutela de los mayores, en los artículos 498 y 499 de su Código, modificados por Ley n° 68-5, de 3 de enero de 1968, dice: «No ha lugar a abrir una tutela que debería ser dada al cónyuge, si, por la aplicación del régimen matrimonial, y especialmente por las reglas de los artículos 217 y 219, 1426 y 1429, se ha provisto suficientemente a los intereses de la persona protegida.

Si, a la vista de la importancia de los bienes a administrar, el juez de tutelas constata la inutilidad de la constitución completa de una tutela, puede limitarse a designar como administrador de la tutela, sin nombrar tutor ni consejo de familia, sea a un responsable (“préposé”) perteneciente al personal administrativo del establecimiento de tratamiento, sea a un administrador especial, elegido en las condiciones fijadas por un decreto del Consejo de Estado» (29).

2.- Que se introdujese en el ámbito del Derecho positivo algo que va calando en la vida de nuestro tiempo: eso que se llama el “testamento vital”, que por supuesto no es un verdadero testamento, ya que no se trata de un acto de última voluntad, porque la que vale es la última, y así MARTÍNEZ GARCÍA (30) prefiere llamarlo “documento de voluntades anticipadas”. Es en ese documento donde, además de plasmarse la voluntad en cuanto a

eutanasia pasiva y sus circunstancias, la voluntad en cuanto a posibles tratamientos médicos en momentos de inconsciencia, en cuanto a lugares de acogimiento deseados, y muchas otras cosas, de orden personal y espiritual, se podría plasmar toda clase de precisiones en cuanto a la administración y disposición de los bienes:

- Nombramiento de tutor o tutores.
- Normas sobre administración de los bienes, otorgando los oportunos poderes, con las facultades que se deseen, sea a los propios tutores o a los administradores nombrados al efecto.
- Fijando las normas de control que se deseen, y las personas o instituciones que lo ejercerán.
- Señalando los emolumentos para todas estas personas o instituciones nombradas.
- Etc.

## **Posibilidades de actuación con la legislación actual**

Ya anuncié que venía aquí como jurista práctico y así, dados mis consejos a los legisladores (31), que muchas veces tanto necesitan, no puedo dejaros sin buscar alguna salida en el momento en que vivimos.

### **• La posibilidad hoy de la autotutela**

Dejando aparte el “desideratum” de la no necesidad de tutela si se han previsto ya las medidas pertinentes, he pedido, como el mismo Defensor del Pueblo, la regulación legal de la autotutela, incluso poniendo encima de la mesa el modelo catalán; pero también cabe preguntarse si hoy tal autotutela es posible.

MARTÍNEZ GARCÍA (32) nombra a diversos autores que admiten la autotutela en el régimen del Código Civil, no sólo “de lege ferenda”, sino también “de lege data”, citando los argumentos de BADOSA COLL, ROMERO CANDAU y RIVAS MARTÍNEZ, aunque a él se le “antojan de insuficiente entidad”:

- El principio general de autorregulación, aquella autonomía de la voluntad que cité, actuante tanto en el presente como de cara al futuro.
- La interpretación extensiva de la facultad atribuida a los padres en los artículos 223 y siguientes del Código Civil.

Efectivamente, si yo, padre, puedo prever la tutela de mis hijos menores

de edad, es porque la ley me reconoce como primer responsable y principal interesado en el bienestar de mis hijos; y si ésta es la causa de concederme tal facultad, ¿cómo no se me va a conceder la misma facultad para nombrarme tutor a mí mismo?. ¿Hay alguien más interesado en mi bienestar que yo mismo?. Porque hay que tener en cuenta que, muchas veces, lo que se pretende con el nombramiento de un tutor, es el alejamiento de otros: yo sé que el más hábil para administrar mis bienes es mi sobrino X, al que posiblemente designe el Juez como tutor, me decía una señora en este trance, pero también sé de su egoísmo y de que ahorrará hasta la última peseta que perderé en mi bienestar y que irá a engrosar la herencia que él espera. . .

Creo sinceramente que, de no concurrir un cambio fundamental de circunstancias, no hay Juez que pueda no hacer caso de mi nombramiento de autotutor; que si no hace caso, deberá motivar su resolución; y que por ello su resolución podrá ser recurrida.

Otra cosa es, al no existir un Registro de Tutelas como el organizado en Cataluña, que al llegar la incapacidad, no llegue a tener conocimiento el Juez de mis disposiciones. De aquí la conveniencia prioritaria de tal Registro que, con carácter más general, podría ser un Registro de “testamentos vitales”, llámeseles como se quiera, paralelo al Registro de Actos de Última Voluntad, o de testamentos reales. Incluso entiendo que tal Registro, con el carácter de “oficioso”, debería ser montado ya, sin más dilaciones, por el Notariado, aunque la consulta al mismo no fuese, por ahora, obligada.

### • La posibilidad de poderes preventivos de la incapacidad

No creo que sea el lugar adecuado para plantear cuál sea la naturaleza jurídica del apoderamiento, ni su diferenciación con el mandato. Ni siquiera para plantear el problema de la existencia de poderes irrevocables. Parece que lo natural es que el poder que una persona dé a otra, tome por causa el mandato, y este contrato, se acabe, arrastrando el fin del poder, de acuerdo con el artículo 1.732 del Código Civil, entre otras causas, “por incapacitación del mandante” (33).

Tal precepto, bien claro, no habla de “incapacidad” sino de “incapacitación”, por lo que el poder parece que seguirá siendo válido hasta tal momento, y si tal momento, como sucede en la alta proporción que vimos, no llega nunca se extinguirá sólo por la muerte del mandante o poderdante. Con todo la cuestión no es clara, pues si MARTÍNEZ DIE (34) no duda que «la propia literalidad del artículo 1.732 deja meridianamente clara su plena



vigencia hasta que no alcance firmeza la sentencia de incapacitación», CAMPO GÜERRI (35) considera “esta conclusión inadmisibles”.

La tesis de subsistencia del poder hasta la sentencia firme de incapacitación, defendida también por RIVAS MARTÍNEZ y CAMPO VILLEGAS, sin entrar aquí en el fondo del debate, me parece más segura, pero apoyándome en que tal poder puede configurarse como irrevocable, incluso no afectándole la propia incapacitación, ya que su causa, si se otorga previendo la incapacidad, no es el mandato, sino la contemplación de la propia incapacitación, contemplación que puede ser expresada en el mismo poder, o tácita. Sólo el Juez, como en el caso de la autotutela, o el órgano de vigilancia, previsto podría reconocer tal poder.

Pero la cuestión presenta además otras dificultades:

- Cómo se instrumenta la localización del poder, si no se entrega al apoderado en los momentos de lucidez.

- O cómo se inicia la vigencia del poder, si ya se ha entregado al apoderado, haciéndolo coincidir con la pérdida de facultades del poderdante.

Porque no hay que olvidar que el capaz previsor, salvo que se trate de un poder al cónyuge o los hijos (que en mi vida profesional procuro sea a todos ellos y actuando mancomunadamente por mayoría), intenta que no entre en vigor sino en caso de que surja la incapacidad. MARTÍNEZ GARCÍA (36) dice que puede «relegarse su eficacia a un momento posterior, mediante la fijación de un término inicial, mediante el condicionamiento a un determinado dictamen pericial o a una determinada situación fáctica (v.gr., el internamiento del poderdante)». Mi criterio, y así lo aconsejo es que sea un grupo de personas, al modo de la Junta de Parientes del Derecho aragonés, los que queden designados no sólo para iniciar la vida del poder, sino incluso para pedir cuentas al apoderado en una auto-tutela privada por la vía del poder. Tenemos así configurada una auto-tutela privada por la vía del poder.

### • El recurso a la sociedad

Entiendo que aquí estamos en un extremo que sólo en casos excepcionales será deseable arbitrar. Posiblemente en el ámbito de grandes fortunas con negocios importantes y complejos, donde imperen las llamadas “empresas familiares” y donde tantos bufetes de abogados ilustres están haciendo sus experiencias jurídicas con lo que se ha dado en llamar “protocolos familiares”. El tema es complejo y sólo voy a dar algunos apuntes sobre las posibilidades que se le ofrecen a las personas mayores que se encuentren en

esta situación y quieran prever su futura incapacidad:

- Habrán de tener en cuenta que aquí sólo estamos en la solución de los aspectos económico-patrimoniales, y no de los personales del previsor.

- Podrán aportar todo su patrimonio, o la parte de él que consideren más digna de un tratamiento economicista, a una Sociedad, preferentemente limitada por la limitación en la duración del cargo del órgano de administración.

- Deberán nombrarse a sí mismos administradores únicos, por tiempo indefinido, previendo para el caso de incapacitación judicial el nombramiento de un suplente, su tutor económico, o incluso el cambio del órgano de administración por un Consejo, designando sus componentes y suplentes.

- Y deberán tener en cuenta que, como previene CAMPO GÜERRI (37), el tutor que se les nombre hará el papel de Junta General en la Sociedad montada, «pudiendo, por tanto, separar al administrador». De ahí la importancia que tendrá la auto-tutela deseada... o los poderes preparados, sin necesidad de incapacitación.

## NOTAS

- (1) La “Fundación Hurkoa”, cuyo fin es la tutela de ancianos o cualesquiera otras personas que, siendo incapaces, no tengan otros vínculos familiares o institucionales que puedan ocuparse de la defensa de sus derechos, se constituyó en San Sebastián, el 20 de noviembre de 1990.
- (2) “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, Rev. “La Notaria”, febrero de 2000, pg. 19.
- (3) Loc. cit., pg. 23.
- (4) “Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial”, Anales de la Academia Sevillana del Notariado, año 1995, pgs. 196 y 197.
- (5) “Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela”, ed. Tecnos 1986, pg. 186.
- (6) MARTÍNEZ DÍEZ, loc. cit., pg. 20.
- (7) Citado por VENTOSO, “La reforma de la Tutela”, Madrid 1985, pg. 17, nota 20.
- (8) Id.
- (9) “Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia”, Ponencia en el XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal 1986, publicación del Consejo General del Notariado, pg. 152.
- (10) “Familia y Derecho: Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de Tutela”, pg. 251.
- (11) Op. cit., pg. 25.
- (12) “Fundamentos de Derecho Civil”, T. IV, vol. II, ed. Bosch, Barcelona 1970, pg. 367.
- (13) Publicados por la Diputación de Barcelona, octubre de 1999.
- (14) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, 17 de diciembre de 1999, nº 805.
- (15) “Informes, Estudios y Documentos”, oficina del Defensor del Pueblo, Madrid 2000, pg. 21.
- (16) Civitas Ediciones, Madrid 2000.
- (17) Loc. cit., pg. 153.
- (18) “Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela”, Ed. Tecnos 1986, pg. 227.
- (19) Loc. cit., pg. 179.

- (20) PRADA GUAITA, loc. Cit., pg. 213.
- (21) Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 26, pg. 417.
- (22) Loc. cit., pg. 187.
- (23) Citado por LEÑA FERNÁNDEZ, loc. Cit., pg. 165.
- (24) Loc. cit., pg. 10.
- (25) Loc. cit., pgs. 27 y 28.
- (26) GARCÍA-RIPOLL, Actualidad Civil, nº 21, 24 al 30 de mayo de 1999, pg. 558.
- (27) “Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen”, Escuela Libre Editorial (Fundación ONCE), Madrid 2000, pgs. 17, 18 y 20.
- (28) Loc. cit., pg. 29.
- (29) Tal Decreto es el nº 69-195, de 15 de febrero de 1969.
- (30) Loc. cit., pg. 44.
- (31) LEÑA FERNÁNDEZ, loc. cit., pgs. 155 y siguientes, propone otras varias medidas como: en el ámbito legitimario (llegando hasta la libertad de testar), la fundación familiar (para eludir la figura del “trust” no admitida en nuestro Derecho). Y el “Informe de la Sociedad Española de Geriátrica y Gereontología”, loc. cit. pgs. 29 y 30, añade la regulación legal de determinados contratos atípicos que afectan a los mayores, en el ámbito del vitalicio, la revisión del derecho a la prestación de alimentos y el fomento de la curatela.
- (32) Loc. cit., pgs. 53 y 54.
- (33) Como recuerda MARTÍNEZ GARCÍA, loc. cit. pgs. 58 y 59, la subsistencia del poder incluso después de la incapacitación, además de en el Derecho alemán actual, se da en el Derecho irlandés y griego.
- (34) MARTÍNEZ DIE, loc. cit., pg. 38.
- (35) Revista Jurídica del Notariado nº 34, Abril-Junio 2000, pgs. 21 y 22.
- (36) Loc. cit., pg. 63.
- (37) Loc. cit., pg. 17.



# DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA EN FUNDACIÓN HURKOA

EVELIA CANTERA SALVADOR

---

Secretaria General de la Fundación Hurkoa

## Introducción

Es notable la importancia que está adquiriendo el colectivo de las personas mayores en nuestra Comunidad y en toda Europa, debido al proceso de envejecimiento de la población y a la mayor expectativa de vida.

La prolongación de la vida no frena el envejecimiento, lo que hace que, si bien cada vez aumenta el número de personas mayores, también aumenta el número de personas que sufren graves deterioros personales que alteran de manera esencial sus capacidades vitales y limitan su autonomía funcional, dejándolas en situación de dependencia respecto de terceras personas que deben procurarles cuidados.

Uno de los fenómenos que caracteriza la sociedad de nuestros días es, precisamente, el alto número de personas mayores dependientes y la necesidad de arbitrar fórmulas socialmente efectivas para su atención, ya que la evolución de la estructura familiar impide que pueda ser ésta el ámbito de contención en un gran número de casos.

Ante esta realidad están surgiendo diferentes formas de servicios profesionalizados, tanto desde entidades públicas como privadas. Es evidente que además de sus necesidades sanitarias y de cuidados personales, es preciso afrontar sus necesidades de protección jurídica para asegurar su adecuada atención, la correcta defensa de sus intereses y prevenir cualquier peligro de abuso sobre su persona y/o sus bienes.

Así pues la necesidad de afrontar la protección jurídica nace de la comprobación de los siguientes hechos:

- Aumento del número de personas mayores.
- Aumento de la edad de las personas mayores.
- Aumento del número de personas mayores con graves deterioros cognitivos y situaciones de dependencia.
- Aumento del número de personas susceptibles de recibir protección jurídica dada su falta de autonomía personal.

## **Historia. Por qué surgió la fundación**

Desde Cáritas Diocesana de San Sebastián se venía prestando un servicio personalizado y global al anciano en su Programa de Mayores, fundamentalmente dirigido a los más desprotegidos económica y socialmente, así como a aquellos más solos y sin relaciones familiares. El objetivo del Servicio estuvo siempre encaminado a mantenerles en su medio habitual el mayor tiempo posible. Para ello se desarrolló el programa de Servicio a Domicilio (1980) y se abrieron dos Centros de Día (1981 y 1986).

Desde 1985 hasta 1990, los Ayuntamientos de Gipuzkoa fueron asumiendo estos servicios a través de Residencias y programas de Ayuda Domiciliaria. Cáritas se fue retirando del Servicio Domiciliario de forma paulatina, y su misión se redujo a cubrir algunas lagunas y salir al paso de situaciones de urgencia. Sin embargo se vio que para algunos se había convertido en algo más que una entidad “prestadora de servicios”, era como “su propia familia”.

Cáritas tomó conciencia de que estaba realizando una “guarda de hecho” con estas personas y era preciso regularizarlo, no era fácil transferir dicho rol. Se trataba de personas por las que había una preocupación debido a los abusos que se habían detectado, estando indefensos por su incapacidad y carencia de lazos familiares.

Se constató que cada vez eran más los mayores con deficiencias físicas y/o psíquicas sin un familiar cercano que se responsabilizara de ellos. Personas que se sienten solas, dependientes por sus propias limitaciones, que “se afanan por comprar” cariño y atenciones que reclaman constantemente de las personas que les atienden y/o les rodean.

En 1990, Cáritas Diocesana de San Sebastián consideró preciso crear una Institución que, desinteresadamente y sin ánimo de lucro, defendiera y protegiera a las personas indefensas.

Con base en la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela cuyo art. 242 dice que «podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados», se acordó en Consejo Diocesano de Cáritas la creación de la FUNDACIÓN HURKOA destinada a velar y tutelar a ancianos incapacitados carentes de apoyo familiar. Se aprobaron los estatutos el 21 de Septiembre de 1990. Se constituyó la Junta de Patronos, aceptándose los cargos el 20 de noviembre de 1990. Fue inscrita en el Registro de Fundaciones del Departamento de Trabajo y Seguridad Social el 27 de enero de 1992.

## **Problemática planteada**

Desde su creación en 1990 hasta el 30 de junio de 2000 se han atendido un total de 258 personas.

Al estudiar el perfil y la problemática planteada nos hemos fijado, fundamentalmente, en el grupo de personas atendidas más directamente por Hurkoa, siendo un total de 163.

En este grupo el problema fundamental y el más frecuente es la falta de protección y apoyo social.

En 139 casos (el 85,2 %) se daba, fundamentalmente, una situación de:

- Soledad y falta de una persona responsable que se ocupe de sus cuidados directamente y/o de gestionárselos.
- Falta de una persona de referencia para cualquier situación de emergencia.
- Enfermedad mental y deterioro físico y psíquico creciente degenerando poco a poco en situaciones extremas de abandono.
- Falta de cuidados personales básicos.
- Carencia de higiene y seguridad en la vivienda, donde, en general, se detectaban graves deterioros.

En muchos casos se planteaba también la necesidad de regular la administración de sus bienes para poder gestionar servicios y salir al paso de sus necesidades básicas. Esta situación se planteaba, sobre todo, con aquellas personas que carecían de un familiar que se estuviera ocupando de ellas, es decir, en aquellos casos en que se presentaba la Fundación como posible



tutora. Este era el principal problema en 93 casos (el 57 %).

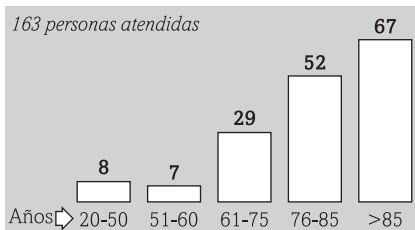
En cualquier caso puede descubrirse alguna de las siguientes situaciones:

- La persona interesada gasta sin control.
- La persona interesada no gasta lo necesario para cubrir sus necesidades básicas y cuidados, a pesar de tener bienes suficientes.
- La persona interesada no cuenta con bienes suficientes para cubrir sus necesidades y carece de capacidad para gestionar cualquier ayuda o servicio, tomar decisiones y afrontar sus necesidades.
- Las personas de su entorno no le administran adecuadamente. Existe sospecha de abuso en la administración.
- Hay necesidad de vender una propiedad de la persona afectada para hacer frente al pago de una plaza residencial. Para ello es preciso tener una representación legal, lo que de algún modo obliga a tramitar la incapacidad.

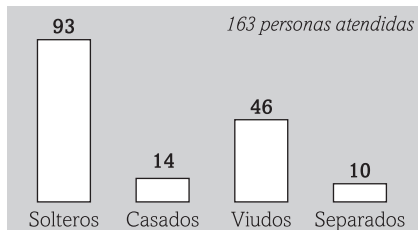
Otras problemáticas menos frecuentes, en el momento de solicitar el servicio, han sido las de tipo jurídico, es decir, cuando el principal problema era representarle en un litigio. En concreto, en 22 casos existía un problema legal o proceso judicial que resolver, para lo cual ha sido necesario tener una representación legal. En 6 casos se les ha representado en juicio.

## Perfil de las personas atendidas por Hurkoa

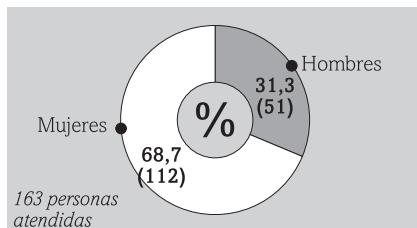
### • Edad.



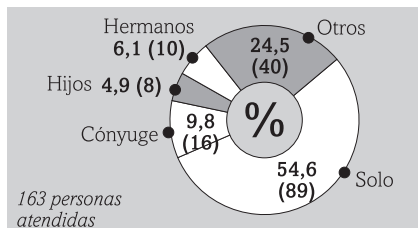
### • Estado civil.



### • Sexo.



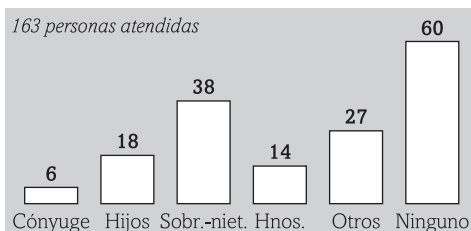
### • Convivencia



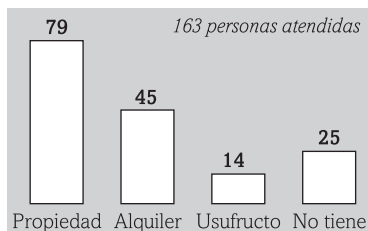
Entre las personas atendidas directamente por la Fundación, han predominado los mayores de 75 años, solteros o viudos, en su mayoría mujeres, que en el momento de solicitar el servicio vivían solas o estaban ingresadas en una Residencia. No cuentan con apoyo familiar o éste es insuficiente.

Entre los 116 casos tramitados, 77 contaban con unos ingresos mínimos (66,3%), es decir un pensión no superior a 60.000 pesetas mensuales.

• Apoyo social.



• Situación económica y de la vivienda.



• La enfermedad mental ha sido causa fundamental de incapacitación en 23 casos, en el resto puede decirse que fue la demencia y, sobre todo, la demencia de tipo Alzheimer.

## Respuesta dada por la Fundación Hurkoa

Año	Familia	Hurkoa	Tramitados	No tramitados	Total atendidos
1991	0	11	11	0	11
1992	0	06	2	4	6
1993	02	16	9	9	18
1994	03	21	15	9	24
1995	11	28	24	15	39
1996	13	22	32	3	35
1997	23	17	36	4	40
1998	15	15	28	2	30
1999	13	17	30	0	30
2000 *	15	10	24	1	25
Totales	95	163	211	47	258

*El total de personas atendidas al 30 de Junio de 2000 es de 258 personas.*

De los 258 casos atendidos en total, se tramitaron 211, en 6 se hizo una Guarda de Hecho y en otros 41 se dio un asesoramiento e información derivándolos a otros servicios por no ver necesaria dicha tramitación ni una mayor intervención por parte de la Fundación.

Entre los 211 tramitados la Fundación asumió la Defensa Judicial en 108, en 56 además de la Defensa Judicial se asumió el poder para administrar sus bienes en función de sus necesidades, como medida cautelar hasta serle nombrado tutor.

A lo largo de estos años y hasta el 30 de Junio, han fallecido 18 personas mientras se tramitaba su incapacidad y otros 40 después de haber asumido su tutela. En este mismo periodo, la Fundación sólo llegó a asumir la tutela en 73 casos.

Dada la edad avanzada y la situación de deterioro en que se encuentran la mayoría de los casos se da mucha movilidad en el Servicio, siendo el período de atención muy corto y el período de duración del procedimiento muy largo:

- En 28 casos la Defensa Judicial se prolongó más de un año e incluso hasta 2 años.
- En 43 casos en los que se había iniciado el trámite, no se llegó a asumir la tutela, la mayoría por fallecimiento, otros porque fue un familiar quien se hizo cargo.
- En 29 casos, la tutela no se prolongó más de un año
- En 34 casos se prolongó más de 2 años.

### **A fecha del 5 de octubre de 2000 tenemos asumidas**

Tutelas	39
Curatelas	6

#### *Defensas Judiciales*

En tramitación de incapacidad	9
En tramitación de tutela	3
Familias atendidas durante el 2000	29

## **Realidad observada a lo largo de estos diez años**

En la medida que los servicios sociales de base se han ido desarrollando las situaciones extremas han ido disminuyendo. Sin embargo, el creciente número de personas mayores con enfermedades como el Alzheimer y el cambio en la estructura familiar hace que siga creciendo la necesidad de protección jurídica, por lo que ha crecido la demanda de nuestro servicio.

Se siguen detectando situaciones en las que es necesario intervenir de forma inmediata, y para ello es preciso tener una legitimación. Los Trabajadores Sociales de Base, los vecinos, los voluntarios de las parroquias, y otros profesionales que detectan la situación de necesidad se ven impotentes para actuar o tomar una decisión para resolver el problema, por lo que a lo largo de estos años, y de forma creciente, han recurrido a la Fundación Hurkoa en la medida que han conocido cuál era su función.

En algunas ocasiones hemos lamentado no haber conocido con anterioridad la situación de desamparo y haber evitado gestiones fraudulentas o lesiones de los derechos de las personas con una incapacidad real para defenderse, quizás por falta de conocimiento por parte de las personas de su entorno o por una falta de información sobre el tema que nos ocupa. Esto nos ha animado a darnos más a conocer, a tener encuentros de información con diferentes profesionales y entre otras cosas, a organizar esta jornada.

En un 25,88 % de los casos se detectó que personas de su entorno les administraban sin tener ninguna representación legal ni autorización, y por lo tanto ningún control, dándose irregularidades y abusos.

A pesar de haber nacido la Fundación Hurkoa para asumir la tutela de personas mayores, desde su creación se ha visto involucrada en problemas de salud mental y en la necesidad de asumir tutelas de enfermos mentales más jóvenes por carecer de apoyo familiar o de otras instituciones que estuvieran dispuestos a asumirla. Esto siempre se ha hecho con carácter excepcional ya que la carencia de recursos y la complejidad que conlleva el seguimiento por las características de estas personas nos dificultaba hacer efectiva la protección tutelar.

También desde un principio nos pusimos en contacto con AGUIFES. Este año se ha formalizado un convenio de colaboración en el que la Fundación Hurkoa ofrece sus servicios jurídicos y administrativos y cuenta con los servicios de AGUIFES para la valoración y seguimiento social de cada caso.

En la práctica la tutela se ejerce entre las dos instituciones. Sigue siendo muy difícil el ejercicio de estas tutelas por el vacío existente en cuanto a recursos sociales alternativos que cubran sus necesidades.

## **Nuestra relación con otras instituciones**

En un principio no teníamos conocimiento de que existiera otra fundación con esta finalidad de tutela para las personas mayores en el País Vasco e incluso en el Estado español.

A lo largo de estos años de experiencia se han interesado en conocernos desde distintos sitios: Comunidad de Andalucía, Navarra, Bilbao, Vitoria...

Hemos tomado contacto con diversas Instituciones relacionadas con el colectivo: ATZEGI, AFAGI, GORABIDE de Bilbao, Servicios Sociales, Colegio de Trabajadores Sociales... Y sobre todo nos hemos familiarizado con los procesos en los diferentes Juzgados, lo que nos ayuda a agilizar y salir al paso de situaciones que exigen una toma de decisiones urgente.

Con los Servicios Sociales ha habido un proceso positivo, evolucionando hacia un mejor intercambio de información y una mejor colaboración. No obstante, detectamos la necesidad de seguir trabajando para evitar ciertas deficiencias que aún se pueden dar:

- Derivaciones inadecuadas.
- Informaciones deficientes e inexactas a los usuarios.
- Dificultad para recabar informes sociales.
- Falta de colaboración en algunos casos.
- Falta de servicios adecuados para responder a las necesidades de personas menores de 60 años y enfermos mentales.
- Dificultad para encontrar un recurso a personas que han tenido gran movilidad geográfica por sus características, y no llevan empadronados en ningún municipio el tiempo reglamentario.

Con algunos Servicios de Salud Mental hemos avanzado en la coordinación y colaboración a lo largo de estos años, aunque es preciso continuar trabajando para lograr un servicio más eficaz. Seguimos observando:

- Dificultad para recabar informes médicos exhaustivos y objetivos.

- Falta de una valoración integral de la situación de cada paciente.
- Falta de colaboración por parte de los servicios de Psiquiatría.
- Falta de recursos alternativos a la institucionalización.

En relación con las distintas entidades bancarias, a lo largo de estos 10 años, y en la medida que nos hemos dado a conocer, hemos ido venciendo obstáculos y desconfianzas. El auto dictado por el Juez era mirado con recelo, siendo revisado por los servicios jurídicos de la Entidad bancaria, que no siempre lo consideraban suficiente. Al principio no existía una fórmula adecuada para introducir la autorización del tutor como tal, no se cumplían las cláusulas que se pedían desde la Fundación tutelar, etc. Por otra parte cada tutelado tiene sus cuentas en distintas sucursales y el trabajo inicial para unificar y centrar la administración resulta bastante grande.

Actualmente son pocas entidades bancarias las que nos desconocen, pero todavía, cuando nos corresponde acudir por primera vez a alguna de ella, sentimos la misma sensación de recelo y desconfianza, aun presentando toda la documentación.

La introducción en los Juzgados fue lenta y trabajosa, no obstante podemos decir que se ha avanzado en cuanto a la agilidad de los procedimientos, la colaboración con el Ministerio Fiscal, etc.

Seguimos encontrando dificultad por la diversidad de criterios en la aplicación de la propia ley por los diferentes juzgados, tanto en la forma de llevar los procedimientos, duración de los mismos, como en el momento de valorar el grado de incapacidad, aplicar las retribuciones al tutor, etc. Esto se percibe aún más cuando se dan cambios frecuentes de personal, y por ser varios los juzgados que se ocupan de este tema.

## **Financiación de la Fundación**

Hasta este año la Fundación se ha mantenido, fundamentalmente por la aportación de Cáritas Diocesana; además se contaba con una pequeña subvención de Gizartekintza y las retribuciones por el ejercicio de la tutela.

A lo largo de estos años de funcionamiento de la Fundación, se ha producido una evolución con respecto al cobro de retribuciones por el ejercicio de la tutela.

En los primeros años se decidió no hacer uso de la posibilidad que con-

cede el Código Civil de que el tutor sea remunerado por su cargo. Se tomó esta decisión ya que la mayoría carecía de medios y lo más importante era gestionarlos para su propio cuidado.

En la medida que fue aumentando el número de personas atendidas, la Fundación ha precisado una mayor estructura. Por otro lado empezamos a atender casos con un patrimonio mayor. Por ello en 1994 se planteó la posibilidad de hacer uso del derecho de retribución por el ejercicio de tutela, pero siempre dejándolo para el final de la gestión, en la mayoría de los casos después de su fallecimiento, siendo fieles al mismo criterio de defender y proteger a la persona, utilizando sus bienes en función de un mejor servicio, proporcionándole una mejor calidad de vida. La propuesta fue bien acogida por todos los Juzgados.

Los criterios seguidos en los diferentes juzgados en cada caso a la hora de fijar las retribuciones han sido muy variados. De las 40 personas fallecidas tras haber ejercido la tutela, sólo se pidió retribuciones en 24, y en 13 de ellas la retribución obtenida ha sido inferior a 5000 pts., por cada mes del ejercicio tutelar. En ningún caso se ha considerado la atención realizada con anterioridad, por el ejercicio de la Defensa Judicial con poder administrativo.

Hasta ahora hemos percibido una escasa valoración de la función tutelar realizada desde la Fundación por parte de las Instituciones, tanto jurídicas, sociales como sanitarias.

## **Logros**

- Se ha reducido el tiempo de duración de los procesos de incapacitación.
- Consideramos que hemos recorrido un camino importante y hay una mayor información y sensibilización al respecto, tanto en las diferentes instituciones como en los profesionales y la sociedad en general.
  - Las personas atendidas han podido acceder a los servicios públicos y/o privados, para recibir unos servicios pudiendo utilizar sus propios medios, gracias a la representación legal que hemos tenido.
  - A las personas atendidas por la Fundación se les ha proporcionado además una atención humana y cercana, gracias al personal voluntario o contratado.
  - En algunos casos se han podido evitar situaciones de fraude y abuso,

pudiendo defenderles ante los tribunales.

- En el año 2000 se han firmado convenios de colaboración, con aportación económica con Gizartekintza y con el Ayuntamiento de Donostia.
- En este mismo año se ha firmado un convenio de colaboración con AGUIFES para el ejercicio de la tutela de enfermos mentales.

## **Retos**

- Reivindicar una adaptación de la Ley.
- Agilizar aún más los procedimientos, unificando criterios.
- Lograr una valoración más exhaustiva para graduar las incapacidades.
- Disponer de los servicios médicos y sociales necesarios para poder ejercer la tutela, sobre todo en los casos de salud mental.
- Avanzar en una coordinación y mejor colaboración entre los servicios sociales, sanitarios y jurídicos para dar un trato integral a las personas más desprotegidas e indefensas.

## **Conclusiones**

- Las necesidades de protección jurídica de las personas mayores seguramente son crecientes y no sólo por razones cuantitativas. La sociedad actual no es precisamente un espacio acogedor para las personas vulnerables. Las ciudades actuales, los valores imperantes, las actividades más valoradas y deseadas, no suelen estar pensadas ni para niños ni para ancianos.
- Es preciso mantener la plena dignidad de la persona hasta sus últimas consecuencias y en especial de los más débiles y vulnerables.
- Todos los profesionales deberemos estar atentos a cuantos excesos puedan producirse en el trato con los usuarios, pues cada caso que ahora conocamos y no se corrija será un precedente de hechos aún más graves en el futuro.
- Es importante realizar una labor preventiva desde los Servicios Sociales y Sanitarios de base detectando las situaciones de indefensión antes de llegar a situaciones de abandono no deseadas. Para impedir el maltrato en el futuro debemos fomentar el buen trato desde ahora mismo.
- Para lograr una atención integral a personas con falta de autonomía, ya



sean personas mayores, como más jóvenes con problemas de salud mental, es preciso trabajar en coordinación los servicios jurídicos, sociales, sanitarios y administrativos.

- El ejercicio de la tutela supone una relación “familiar” y cercana, pudiendo llegar a detalles de cuidado y atención, más allá de los prestados por las Instituciones específicas prestadoras de servicios sociales y sanitarios.

- El ejercicio de tutela supone un esfuerzo humano importante y precisa una infraestructura y una organización que responda adecuadamente a todas las necesidades que se presenten. Es necesario que esto sea tenido en cuenta y sea valorado por las Instituciones en general y por la propia sociedad.

**Mesa  
redonda**



# FUNDACIÓN HURKOA

SUSANA MONTESINO SÁNCHEZ

---

Abogada de la Fundación Hurkoa

## **Quiénes somos**

Dado que con anterioridad se ha dedicado una ponencia a Fundación Hurkoa baste recordar aquí que se trata de una Fundación de carácter particular que tiene como fin la tutela de personas mayores o cualesquiera otras personas, que, siendo incapaces, carezcan de vínculos familiares o de cualquier otro tipo que puedan ocuparse de su defensa, y que nuestro ámbito de actuación es la provincia de Gipuzkoa.

## **Cómo nos llegan las demandas**

Hurkoa fue creada por Cáritas Diocesana de San Sebastián al constatar que existía una necesidad de dar protección a las personas mayores afectadas por algún tipo de incapacidad, necesidad para la cual no había ninguna respuesta en aquel momento. Por esta razón, los primeros casos que atendimos provenían del departamento de mayores de Cáritas, aunque pronto empezaron a llegar demandas de otras instituciones y de particulares. En la medida en que el trabajo de Hurkoa se iba conociendo, el origen de las demandas se iba diversificando.

En la actualidad se solicitan nuestros servicios desde instituciones tanto públicas como privadas, siendo las más frecuentes: Servicios Sociales de los Ayuntamientos, Servicios Sociales de Ambulatorios o Centros Sanitarios, Residencias para Personas Mayores, Juzgados, Asociación de Familiares de

Enfermos de Alzheimer, Asociación Guipuzcoana de Familiares y Enfermos Psíquicos, y, claro está, Cáritas.

Asimismo, son muchos los particulares que acuden a Hurkoa, ya sea enviados por las instituciones mencionadas, ya por tener conocimiento de la Fundación por otros medios: como usuarios de los dos Centros de Día que gestiona la Fundación, por referencias de otros particulares, prensa...

## **Qué hacemos con las demandas**

El primer contacto con cada caso lo tenemos a través de la persona que demanda nuestra intervención, sea un profesional o un particular, quien nos hace una exposición del problema que intentamos sea lo más amplia posible. Cuando se trata de alguien que contacta por primera vez con Hurkoa le damos toda la información precisa acerca del trabajo de la Fundación, así como del trámite de la incapacitación y tutela.

Con cada nuevo caso nos hacemos una serie de preguntas a las que hemos de responder para ver en qué medida desde Hurkoa podemos contribuir a solucionar el problema planteado:

### **1.- ¿Hay una causa de incapacitación legal?**

Evidentemente, en Hurkoa no vamos a decidir si una persona es o no incapaz, esto es de exclusiva competencia judicial. Lo que hacemos es valorar si con la información que podamos ir obteniendo hay alguna base para pensar que en esa persona se da una causa de incapacitación.

Si la respuesta es negativa intentaremos buscar la solución al problema por otras vías o, por lo menos, orientaremos al demandante hacia otros servicios más adecuados, pero ya no procederá ningún otro planteamiento acerca de la incapacidad. Si la respuesta es afirmativa nos tenemos que plantear un segunda cuestión:

### **2.- ¿Hay algún tutor posible?**

Hay casos en que la familia no plantea ningún problema a la hora de asumir la tutela de su familiar, pero no siempre es así. En estos casos, sobre todo cuando el parentesco es muy cercano, desde Hurkoa intentamos dar todo el apoyo y el asesoramiento necesario para que sea el familiar quien asuma la tutela. Hemos podido comprobar que muchas veces esta ayuda es

suficiente para que personas que se sienten desbordadas por la situación y que quieren apartarse de todo, retomen el contacto con su familiar enfermo y lleguen incluso a asumir su tutela.

A pesar de todo, en ocasiones no es posible encontrar alguien que asuma la tutela en el entorno: unas veces porque la persona a incapacitar carece de familia y de relaciones; otras porque las que hay no quieren aceptar su tutela (por evitar problemas con otros familiares, por malas relaciones con el incapaz,...) o no pueden hacerlo (por vivir lejos, por no encontrarse bien de salud, por no tener una actitud adecuada con el incapaz,...).

En estos casos Hurkoa se tiene que plantear si asume o no esa tutela. Para tomar esta decisión hay dos criterios fundamentales:

- Si esa tutela se va a poder ejercer de una forma efectiva: es decir, si la situación personal y/o familiar del incapaz permite una intervención efectiva desde Hurkoa.
- Si Hurkoa como tutora puede reportarle algún beneficio al tutelado: si tenemos recursos y medios a nuestro alcance para poder mejorar la calidad de vida del tutelado. Este no es un planteamiento abstracto, sino que se trata de hacer una planificación personal en cada caso: conocer las circunstancias personales y el carácter de la persona incapaz, ver cuáles son las necesidades, de qué recursos disponemos para cubrirlas, cuáles son las más urgentes, qué dificultades presenta la atención a esa persona, cómo se establece la relación con ella,...

### **3.- ¿Son necesarias medidas cautelares?**

La causa de incapacidad, además de un problema en sí misma, arrastra en muchas ocasiones otros: problemas de salud sin tratar, malas condiciones de la vivienda, mala alimentación, quejas del vecindario, soledad,... situaciones todas ellas lo suficientemente graves como para dejarlas sin solución hasta que se completen los procedimientos de incapacitación y tutela. Por ello, estudiamos en cada caso la conveniencia de solicitar la adopción de medidas cautelares durante el procedimiento: ingresos en Centros sanitarios, en Residencias, administración de los bienes,...

Para poder dar respuesta a todo lo anterior es preciso conocer bien la realidad de cada caso. Para ello:

- Conocemos a la persona afectada y su entorno;
- Contactamos con la familia no demandante, a la que informamos sobre

Hurkoa y sobre la incapacitación y tutela; y de la que buscamos conocer su punto de vista y su disposición a colaborar o incluso asumir la tutela;

- Recabamos la información que nos puedan aportar otros profesionales que estén en contacto con el caso: trabajadores sociales del Ayuntamiento, de Centros Sanitarios, médicos,... así como otras personas relacionadas: cuidadores, vecinos, amigos.

Las conclusiones se recogen en un informe social que hacemos llegar a la Fiscalía, junto con la demás documentación precisa, informando de la existencia de un presunto incapaz, su situación familiar y social, y solicitando se inicien los trámites pertinentes para su declaración de incapacidad.

En algunas ocasiones el primer planteamiento que se nos hace del problema es suficiente para ver que no se trata de algo que podamos resolver en Hurkoa, por lo que orientamos al demandante a otros servicios o recursos más adecuados sin entrar en análisis más profundos. No son muchos los casos en que ocurre esto, pero sí nos parece importante mencionarlo ya que casi todos son producto de una mala orientación dada en algún servicio al que se ha recurrido con anterioridad.

## **Ejercicio de la tutela**

### **Tutela familiar**

En aquellos casos en que es un familiar quien asume la tutela el trabajo de Hurkoa consiste en darle todo el asesoramiento que requiera tanto durante la tramitación de la incapacidad y el nombramiento de tutor como después para el ejercicio de la tutela.

### **Tutela Hurkoa**

Cuando Hurkoa decide asumir una tutela suele asumir también la defensa judicial durante la tramitación previa. De este modo, ayudados con las medidas cautelares que resulten precisas, iniciamos ya una atención a la persona afectada solventando los problemas más urgentes: atención médica, limpieza y arreglo de la vivienda, solicitud de ayudas o recursos asistenciales,... De hecho, en muchos casos el trabajo más difícil lo desarrollamos antes de asumir la tutela. Hurkoa ejerce su papel de tutor intentando dar al incapaz un trato lo más integral posible. Para ello le atendemos desde tres áreas distin-

tas: social, administrativa y jurídica.

### • **Área Social**

Desde este área se trata de mejorar la salud y la calidad de vida del tutelado, potenciar su autovalimiento, la relación de apoyo familiar y la propia autoestima, y mantenerle en su propio medio siempre que sea posible.

Lo llevamos a cabo de la siguiente manera.

- Cuidando de la vertiente afectiva de la persona incapaz mediante el fomento de las relaciones que mantenga con sus familiares, amistades,...
- Solicitud de los servicios públicos necesarios.
- Complemento de la atención con servicios privados, en la medida en que sus propios medios lo permitan.
- Atención especial en caso de enfermedad aguda.
- Asignación de una persona responsable del seguimiento directo, encargada de:
  - realizar visitas periódicas y llamadas, en general, establecer una relación de cercanía y afecto, sobre todo en aquellos casos en que el tutelado carece de familiares.
  - acompañar al incapaz a consultas médicas,
  - conectar con los servicios sociales que se le prestan,
  - establecer la relación con vecinos o amigos,
  - proporcionarle lo necesario para cubrir sus necesidades básicas y mejorar su bienestar,
  - cuidar de los bienes del tutelado informando de las necesidades que haya para su mantenimiento o reparación,
  - dar cuenta de las gestiones realizadas al menos una vez al mes.
- Gestión del funeral y enterramiento en caso de defunción.

### • **Área Administrativa**

Tiene como objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida del incapaz mediante un buen aprovechamiento de sus propios bienes y recursos.

A.- Administración ordinaria

- Control de los gastos personales, de la vivienda y de los servicios que recibe de otras instituciones o personal privado.
- Solicitud de ayudas cuando el tutelado tiene derecho a ello: pago de



alquiler, arreglo fachadas, sillas de ruedas,...

- Gestiones bancarias, asegurando buena utilización de sus fondos.
- Declaración de la renta.
- Informe de cuentas anuales.
- Informe de cuentas finales al acabar el ejercicio de la administración durante la Defensa Judicial y al término del ejercicio de la tutela/curatela.

B.- Administración extraordinaria

- Venta de inmuebles.
- Desalojo y limpieza.
- Valoración técnica.
- Gestión inmobiliaria.
- Tramitación de herencias.
- Reclamaciones.
- Obras extraordinarias en la vivienda.

### • **Área Jurídica**

Cumplir con las obligaciones del tutor/curador para con los Juzgados y realizar toda gestión legal o judicial que conlleva el ejercicio de la tutela, en tanto que representación legal o complemento del incapaz.

A.- Con respecto al Juzgado

- Formación del inventario de los bienes, derechos y obligaciones del tutelado en los 60 primeros días tras la aceptación de la tutela/curatela.
- Presentación de los informes anuales de cuentas y situación personal del incapaz.
  - Solicitud de permisos para llevar a cabo gestiones extraordinarias como:
    - Internamiento del incapaz.
    - Venta de inmuebles, acciones u objetos de valor.
    - Renuncia a derechos del tutelado.
    - Aceptación o renuncia de herencias en nombre del tutelado.
  - Informe de haber llevado a cabo estas gestiones conforme a la autorización concedida.
  - Información al Juzgado de cualquier cambio relevante en la situación personal del incapaz: cambio de domicilio, estado de salud, etc.
  - Solicitud de remoción del tutor/curador si se encuentra en el entorno familiar una persona que pueda hacerse cargo.

- Información al Juzgado del fallecimiento del incapaz.
- Presentación de rendición final de cuentas.

B.- Como representante legal del tutelado

- Contratos de arrendamiento de bienes del tutelado.
- Contratos de arrendamientos de vivienda para la persona tutelada.
- Liquidación de la sociedad de gananciales.
- Venta de bienes inmuebles propiedad del incapaz.
- Defensa de sus intereses ante demandas de terceros.
- Declaraciones de herederos en favor del incapaz.
- Aceptación de herencias en nombre del tutelado y, en su caso, partición de dichas herencias.
- Defensa de sus derechos con interposición de demandas en su caso.

Bien entendido, por supuesto, que estas tres áreas funcionan de un modo integral y coordinado ya que muchas cuestiones atañen a dos de ellas o a las tres, por lo que las decisiones se toman de forma colegiada buscando siempre el beneficio del tutelado.

## **Dificultades en nuestro trabajo**

### **• Mala orientación de los Servicios Sociales de Base**

El problema no está tanto en que se oriente a Hurkoa en casos que no nos competen, como en que no se informe a los usuarios por qué y para qué se les deriva a Hurkoa, encontrándonos que a la dificultad de explicar qué es la incapacitación y la tutela, se añade la dificultad de explicar por qué les han enviado a Hurkoa y la relación con los servicios sociales solicitados.

### **• Desconocimiento**

El desconocimiento de qué supone la incapacitación de una persona, y, sobre todo, qué sea una tutela. Esto nos origina muchas veces problemas con familiares o personas del entorno, que pretenden del incapaz cosas para las que ha sido incapacitado o que quieren tomar decisiones sin tener la tutela.

A este respecto, cuando hay familiares, Hurkoa no toma ninguna decisión

sin consultarles, pero, en cualquier caso, lo que siempre tenemos claro es que la decisión que se tome ha de ser la que más beneficie al tutelado, con independencia de otros intereses que pueda haber.

- **Falta de precisión y graduación en las sentencias de incapacitación**

La situación actual está reducida a dos tipos de sentencias estimatorias de una incapacidad: las que declaran a una persona totalmente incapaz para regir su persona y administrar sus bienes debiendo quedar sometida a una tutela, y las que declaran a una persona incapaz para administrar sus bienes sometiéndole a curatela. Sin embargo, la legislación contempla la posibilidad de que el Juez dicte sentencia graduando de un modo más preciso la incapacidad y disponiendo del régimen de guarda más adecuado para cada caso.

- **Falta de coordinación entre los servicios sanitarios y los servicios sociales en la atención de enfermos mentales, así como falta de estos últimos servicios.**

Sin más que añadir, sólo me queda agradecer la atención prestada.



# FUNDACIÓN TUTELAR ATZEGI

JOSÉ LUIS BASOCO EIZAGUIRRE

---

Director de la Fundación Atzegi

En el corto espacio de tiempo que la estructura de esta mesa redonda permite, les presentaré a la Fundación Tutelar ATZEGI.

Comenzaré mi exposición respondiendo brevemente al guión que me ha pedido la Organización, para centrar mi intervención a los aspectos más cotidianos del ejercicio de la Tutela.

Nuestra Fundación se denomina FUNDACION TUTELAR ATZEGI, su ámbito geográfico es el Territorio Histórico de Gipuzkoa, y fue fundada el 28 de diciembre de 1.983 por la Asociación Guipuzcoana en Favor de las Personas con Deficiencia Mental ATZEGI.

Esta Asociación, que el presente año celebra su 40 Aniversario, ha procurado ir dando respuesta a las distintas necesidades que a lo largo de su vida presentan las personas con Retraso Mental y sus familias. Para cada problema ha intentado arbitrar una solución, o al menos un apoyo para las familias.

Promovió así el Patronato San Miguel para atender las necesidades educativas, los Talleres Protegidos GUREAK para las necesidades de orden laboral, el Centro San Pablo, hoy Fundación ULIAZPI, para atender las necesidades asistenciales de los más gravemente afectados, los Clubs Txolarte para las necesidades relativas al ocio y al tiempo libre, los hogares para satisfacer las necesidades que guardan relación con la vivienda, y por último, para atender las necesidades de tutela, la Fundación Tutelar que es objeto de esta presentación.

Como en algunos otros de los servicios mencionados, la Asociación consideró conveniente constituir a tal efecto una Institución con su propia per-

sonalidad jurídica, y eligió la de Fundación por su mayor estabilidad, y por la garantía que ofrece para el mantenimiento futuro de la voluntad fundacional.

El Consejo del Patronato está compuesto por catorce miembros, mayoritariamente provenientes de ATZEGI, pero también participan personas ligadas a ASPACE y a GAUTENA.

Su misión es ejercer la tutela de las personas con Deficiencia Mental de Gipuzkoa que no dispongan de familiares o amigos que puedan hacerse cargo de tal responsabilidad al fallecimiento de sus padres. Nada más y nada menos.

Digo lo de nada más y nada menos porque la experiencia nos dice que resulta conveniente aclarar que si bien para la mayor parte de las 1.900 familias integradas en la Asociación es muy importante preparar el futuro, únicamente un grupo muy reducido de casos habrá de recaer en la Fundación Tutelar.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, únicamente consideramos que deben ser atendidas por la Fundación las personas con Deficiencia Mental expósitas, las que no tienen hermanos u otra familia que pueda hacerse cargo de ellos, y, los deficientes mentales que pudiéramos denominar “desamparados”, que aunque cuenten con familia ésta se haya desentendido totalmente de su cuidado.

En este último caso conviene también estar atentos a no confundir la necesidad de residencia con la necesidad de tutela ya que suele darse el caso de que una vez se ha incorporado la persona con Deficiencia Mental a una vivienda protegida, las relaciones con su familia natural mejoran sustancialmente, y en ocasiones puede recomponerse la relación que en otro tiempo se quebró.

## **Origen de la demanda**

Los canales a través de los cuales se solicita la intervención de la fundación son los siguientes:

- De las familias a través del Programa de Preparación de Futuro que desarrolla la Asociación, cuando se constata que al fallecimiento de los padres no habrá nadie que pueda hacerse cargo (ejem. padres con hijo único).

- De Gizartekintza, bien desde su Servicio de Menores, cuando personas que están bajo su amparo, siendo Deficientes Mentales, alcanzan la mayoría de edad, o bien desde el Departamento de Minusválidos cuando tienen conocimiento de la existencia de un caso que a su juicio la necesita.
- De los Servicios Sociales de los Ayuntamientos.
- En alguna ocasión directamente del Juzgado.

## **Personas y entidades responsables de la tutela**

Incluyo este apartado para indicar que la Fundación Tutelar no es en ningún caso la única responsable de las personas con Deficiencia Mental desamparadas, lo que debiera tener una consecuencia directa respecto a los apoyos económicos y sociales que ha de recibir de las otras Instituciones que son teóricamente tan responsables o más que ella misma.

Me refiero a la familia y a las Administraciones Públicas.

Los padres son naturalmente los primeros responsables en el ejercicio de la patria potestad que les obliga a velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una educación integral. Así, cuando conviven con sus hijos incapaces lo procedente es prorrogarles la patria potestad. También los hermanos que figuran en la relación prevista en el Código Civil en el orden establecido para la delación de la tutela, y que están obligados por el mismo Código a prestarles alimentos, entendidos éstos como los auxilios necesarios para la vida cuando los necesitan por cualquier causa no imputable al alimentista, como es el caso obviamente de los deficientes mentales.

También las Administraciones Públicas tienen responsabilidades tutelares atribuidas por el Código Civil cuando establece que la entidad pública a la que, en el respectivo Territorio, está encomendada la Protección de Menores tiene, por ministerio de la Ley, la tutela de los que se encuentren en situación de “desamparo”.

Dentro de este concepto de “desamparo”, el supuesto típico, y al que se refiere literalmente la Ley, es el de los menores de edad, pero asimismo cabría incluir en el mismo concepto de desamparo por analogía a las personas incapacitadas por causa de Deficiencia Mental.

Existe pues en mi criterio también una obligación legal de las Administraciones Públicas, en nuestro caso de la Diputación Foral, para

tutelar a las personas con Deficiencia Mental incapacitadas por esta causa, y por consiguiente habrá a mi juicio de garantizar su tutela, bien ejerciéndola directamente, o bien utilizando nuestras Fundaciones Tutelares, en cuyo caso deberá ayudarles a realizar eficazmente su tarea.

Por último las Fundaciones Tutelares también son desde luego responsables de ejercer las tutelas y por tanto han de figurar entre las entidades responsables de su ejercicio, pero siempre teniendo claro su papel subsidiario al de las familias y de colaboración con las Administraciones Públicas con quienes comparten la responsabilidad tutelar.

## **Número de personas tuteladas**

Al día de hoy son 25 las tutelas que ejercemos, 3 las curatelas, y 1 defensa judicial.

Creo asimismo conveniente citar que tenemos comprometidas para el futuro otras 11 tutelas. Me refiero a los casos en los que siendo la necesidad de tutela previsible con antelación, por ejemplo el caso de una madre viuda con un hijo único, se formaliza un documento de compromiso suscrito por el familiar solicitante y por la representación de la Fundación.

De las personas actualmente tuteladas, diecisiete tienen un grado de Retraso Mental Ligero, cinco moderado y seis un Retraso Mental severo-profundo.

En cuanto al porcentaje de minusvalía, doce tienen entre el treinta y tres y el sesenta y cuatro por ciento, siete entre el sesenta y cinco y el setenta y cuatro por ciento, y nueve presentan un porcentaje de minusvalía superior al setenta y cinco por ciento.

Paradójicamente, en el caso de la Fundación Tutelar, es frecuente que las personas más capaces sean las que más apoyo de la Fundación requieren.

## **¿Qué hace la Fundación por sus pupilos?**

Partiendo de la base de que sus necesidades son exactamente iguales a las que cualquier persona presenta conformamos un programa individual que, partiendo de tales necesidades, recoge los objetivos que para un período de un año nos trazamos, así como los apoyos que habremos de proporcionar-



les para que tales objetivos puedan cumplirse.

En el cuadro siguiente se relacionan las áreas de intervención siguientes:

## Áreas de Necesidades

### **Básicas**

- Salud
- Vivienda
- Alimentación
- Cuidados personales
- Formación

### **Relacionales**

- Personales y afectivas
- Sociales

### **Económicas**

- Pensiones
- Trabajo
- Administrativas

### **De gestión y trámite**

- Judiciales
- Sucesorias
- Otras

## Algunos ejemplos en las áreas de necesidades

### **Salud**

- Realizar revisiones periódicas y acompañarles a los médicos siempre que lo precisen.
  - Acompañarles en los ingresos hospitalarios.
  - Facilitarles los tratamientos no incluidos en la Seguridad Social, buco-odontológicos, prótesis auditivas, ortopédicos, oftalmológicos, etc.
  - Valorar y autorizar en su caso tratamientos de especial riesgo, quirúrgicos, medicamentosos, etc.

## **Vivienda**

- Facilitarles el acceso al servicio que mejor atención residencial les pueda prestar.
- Cuando viven solos ayudarles a conseguir la vivienda o pensión más acorde a sus intereses, y prestarles apoyo para que la mantengan confortable y cómoda.
- Gestionar apoyos domiciliarios y supervisar su funcionamiento.
- Completar la cobertura que reciben en los Centros residenciales a los que asisten en período de vacaciones, etc.

## **Alimentación**

- Apoyarles para que desarrollen al máximo sus capacidades en cuestión de compras y elaboración de alimentos.
- Gestionar los apoyos domiciliarios que les ayuden, en su caso.
- Procurarles acuerdos con establecimientos de hostelería cuando sea ésta la alternativa elegida.

## **Cuidados Personales**

- Ayudarles en la elección y adquisición de su ropa y de sus efectos personales, procurando que su imagen sea la mejor posible, así como su comodidad y confort.

Cuando por su grado de discapacidad no puedan colaborar, efectuar las compras directamente desde la Fundación.

## **Formación**

- Colaborar con los profesionales de los Centros donde participe el pupilo en el diseño y aplicación del Programa Individual de atención correspondiente, y garantizar la unidad de criterios en su aplicación en todos los ámbitos de su vida.

## **Personales y afectivas**

- Ofrecerles una referencia personal afectiva y disponible, manteniendo una relación periódica basada en el respeto, el afecto, y la valoración de su persona, interesándose por todo lo que para él / ella es importante y acompañándole en su proyecto de vida.

## **Sociales**

- Facilitándole la realización de actividades culturales, recreativas y deportivas en equipamientos comunitarios, y estimulando a través de ellos la creación de relaciones sociales positivas.

- Interesándose por sus relaciones con los compañeros de trabajo a fin de que las valore y cultive.

- Organizando salidas de fin de semana y de vacaciones para los pupilos que tienen especiales dificultades para utilizar los recursos generales, proporcionándoles el apoyo que precisen.

## **Pensiones**

- Pensiones. Gestión de la pensión de orfandad. Solicitud, en su caso, de pensión de invalidez, prestación por hijo a cargo, etc.

## **Trabajo**

- Presentación de solicitudes de trabajo. Establecer relación con sus responsables con el fin de que el trabajo sea el más adecuado, grato y bien remunerado posible.

## **Administrativas**

- Administración de sus rentas periódicas, haciendo frente a sus gastos y garantizando el dinero indispensable para hacer una vida integrada en su Comunidad.

- De su patrimonio, en su caso, procurando que obtenga la mayor rentabilidad posible.

- Ayudándoles a administrar sus ingresos, en los casos en que viven solos, de forma que puedan hacer frente a sus gastos de alimentación, alquiler, gastos de la casa, etc.

- Contabilidad individual.

## **Judiciales**

- Incapacitación, nombramiento de tutor, inventario, autorizaciones (para disposición de bienes, para internamientos, etc.), rendición anual de cuentas, etc.

## **Sucesiones**

- Operaciones particionales, testamentaria, etc.

## **Otras**

• Domiciliaciones, inscripciones, solicitudes, tramitación de documentos oficiales, cartillas, cuentas corrientes, D.N.I., etc., reuniones de vecindad, etc.

# **Recursos**

## **Humanos**

### **Voluntarios**

- Consejo de Patronato
- Delegados Tutelares (Personas que voluntariamente, por delegación de la Fundación procuran mejorar la calidad de vida del pupilo, manteniendo con él / ella una relación interpersonal positiva y duradera).

### **Profesionales**

- 1 Asistente Social

**Para los aspectos formales, contables y jurídicos la Fundación se sirve de los Servicios Centrales de la Asociación fundadora.**

## **Económicos**

### **Para cubrir las necesidades de los pupilos**

- Sus propias rentas del trabajo y, en algún caso, de su patrimonio.
- Sus pensiones y/o ayudas individuales.
- Complementariamente, ayudas de la Fundación cuando sus ingresos no alcanzan a cubrir las necesidades mínimas.

### **Para cubrir las necesidades de la Fundación**

- Kutxa (1.000.000,- Ptas.)
- Gizartekintza (3.600.000,- Ptas.)
- Frutos de su patrimonio (cinco millones de capital fundacional más algunos donativos que a fecha de hoy alcanzan la cifra acumulada de aproximadamente diez millones de pesetas).

- Hasta la fecha no contamos con ingresos de los tutelados ya que para cubrir sus necesidades necesitan todos sus recursos.

Con estas pinceladas que confío les hayan servido para conocer mejor nuestra Fundación, concluyo mi presentación.

Muchas gracias por su atención.



# FUNDACIÓN TUTELAR GORABIDE

FRANCISCO JAVIER ELORRIAGA IBARROLA

---

Gerente de la Fundación Tutelar Gorabide

## **La Fundación Tutelar Gorabide**

La Fundación Tutelar Gorabide es una entidad privada, constituida el 18 de diciembre de 1991 por iniciativa de GORABIDE, Asociación Vizcaína en favor de las Personas con Deficiencias Psíquicas.

El gobierno de la Fundación corresponde a un Patronato, de cuyo Consejo General forman parte como Vocales personas vinculadas, tanto a la asociación fundadora, como a otras asociaciones del sector de las personas con discapacidad. Además, hay un Vocal que es Magistrado Juez adscrito a la Audiencia o Juzgados de Bizkaia, un Vocal perteneciente al Ministerio Fiscal y un Vocal designado por la Diputación Foral de Bizkaia.

Las fuentes de financiación de la Fundación Tutelar Gorabide proceden, principalmente, de los rendimientos de sus activos. A título de ejemplo, en el ejercicio correspondiente al año 1999, su rendimiento neto ascendió a cerca de 14 millones de pesetas; sin embargo, en concepto de ayudas públicas, se recibieron poco más de un millón de pesetas.

Desde 1997, la Fundación cuenta con un total de cuatro empleados.

# La asunción de compromisos

## Los fundamentos filosóficos

Los fundamentos filosóficos que llevaron a gran parte de las asociaciones de padres de personas con retraso mental agrupadas en FEAPS (Confederación Española de Federaciones y Asociaciones Pro-Personas Deficientes Mentales), a constituir a lo largo del país Fundaciones tutelares, fueron de dos tipos:

- El ejercicio de la tutela por parte de personas jurídicas debe ser la última alternativa a utilizar dentro de las posibles. Es decir, ha de limitarse a aquellos casos en los que la tutela personal, encomendada a un familiar, resulta inviable o desaconsejable.
- El ejercicio de la tutela exige del tutor la independencia suficiente para actuar como usuario informado con respecto a los servicios que se prestan a los tutelados.

En la Fundación Tutelar Gorabide consideramos que estos dos fundamentos siguen siendo válidos y son los que nos guían a la hora de asumir compromisos.

## El origen de las peticiones

El origen de la mayoría de las peticiones procede de las tres asociaciones del sector de las personas con discapacidad, como consecuencia de que son ellas las que prestan el mayor volumen de servicios en el Territorio Histórico de Bizkaia.

No obstante, en los últimos tres años se han incrementado considerablemente las peticiones procedentes de los Juzgados, con un predominio de las medidas provisionales, que en muchas ocasiones, son tutelas de hecho.

## Criterios para la asunción de compromisos

Los criterios utilizados son, fundamentalmente, tres:

- Que no exista una persona física adecuada para ejercer la tutela, tal y como se ha comentado con anterioridad.
- Que se trate de una persona con discapacidad para el desarrollo (retraso mental y enfermedad mental), excluyendo a los ancianos, si bien, en dos ocasiones, se ha hecho una excepción.
- Que se disponga de medios para hacer frente a las responsabilidades



tutelares, sin menoscabo de las tutelas en ejercicio.

Desde nuestra constitución hasta el día de hoy hemos desempeñado 55 tutelas. Sólo en muy pocos casos, por sólidas y fundamentadas razones, nos hemos visto en la obligación de manifestar la imposibilidad de asumir compromisos.

## **El ejercicio de la tutela**

### **Datos significativos**

Al finalizar 1992, nuestro primer año de actividad, desempeñábamos la tutela de 10 personas. En estos momentos, ascienden a 53 las tutelas en ejercicio y, probablemente, al finalizar el año lleguemos a 58 tutelas.

En lo relativo a su distribución por edades, la mayoría se sitúa en un tramo de edad comprendido entre 30 y 49 años. También desempeñamos la tutela de un menor de edad y de cuatro personas mayores de 60 años.

La gran mayoría de las personas que tutelamos viven en servicios residenciales especializados. No obstante, 11 personas, viven de manera independiente en su propio domicilio, circunstancia que nos exige una especial dedicación.

### **Las causas por las que hemos aceptado las 53 tutelas**

Problemática familiar	36%
Orfandad absoluta	32%
Abandono	23%
Abuso y/o maltrato	9%

### **El desafío de las unidades familiares**

En la actualidad, del total de 53 personas, 17 presentan vínculos de parentesco, generalmente hermanos, si bien también se dan casos de padre-hijo. Muy probablemente, al finalizar el primer trimestre del próximo año tutelaremos a 64 personas, de las cuales 25, es decir el 39%, tendrán vínculos de parentesco, constituyendo 9 unidades familiares.

Como casos especialmente relevantes, señalaremos uno formado por 7 hermanos y otro por la madre con 4 de sus hijos.

No es difícil de imaginar que estas unidades familiares, presentan una compleja problemática que plantea importantes desafíos y la necesidad de desplegar una amplia variedad de fuentes y funciones de apoyo, generalmente de extensa intensidad.

## **Nuestra visión y estilo**

El tutor no es el dueño de la persona declarada incapaz. Antes al contrario, en el ejercicio de la tutela, debe procurar el incremento, en lugar de la limitación, de la persona en el ejercicio de sus derechos.

Si bien el ejercicio de la tutela constituye un todo único, consideramos que abarca dos grandes dimensiones: la dimensión personal y la dimensión patrimonial. Las dos son importantes, pero la dimensión patrimonial debe estar supeditada a la dimensión personal del ejercicio de la tutela.

### **• La dimensión personal**

En nuestro caso la dimensión personal del ejercicio de la tutela cobra especial relevancia. Esto es así porque la tutela de una persona incapacitada exige, principalmente, afecto y atención personal y justamente la condición impersonal, abstracta y más bien lejana de una fundación comporta mayores desafíos a la hora de ejercerla con cercanía y sensibilidad humana.

Estamos consiguiendo dar respuesta a este desafío mediante la implicación activa tanto del personal, como de los voluntarios que actúan como Delegados Tutelares, en todo lo que afecta a la vida de las personas que tutelamos.

Dedicamos mucho tiempo a la interacción personal en situaciones y entornos comunitarios, tratamos de centrarnos en los deseos y aspiraciones de cada uno, alentando la consecución de sus logros y promocionando sus capacidades para la toma de decisiones.

### **• La dimensión patrimonial**

Si bien el patrimonio de las personas tuteladas es y será, en la mayor parte de los casos de escasa importancia, no debe descuidarse su eficiente, detallada y rigurosa administración, en el único y exclusivo beneficio del tutelado.

Resulta laboriosa, pero estamos dando respuesta efectiva mediante el rigor y el orden.

En una reciente encuesta entre jueces y fiscales, las preceptivas rendicio-

nes anuales de cuentas que presentamos, han recibido una valoración global muy satisfactoria.

## Los Delegados Tutelares

Antes de finalizar quiero dedicar unos minutos a esta figura, desempeñada por voluntarios, que constituye nuestro principal recurso estratégico para dar respuesta efectiva a las necesidades afectivas de las personas que tutelamos.

El Delegado Tutelar es aquella persona voluntaria que participa activamente en la misión de la Fundación mediante el establecimiento de una relación personal cálida y cercana con el incapacitado que, de mutuo acuerdo, se le asigne.

Después de siete años de actividad la consolidación de esta figura constituye la esencia de nuestro modo de entender el ejercicio de la tutela.

Segun los expertos, un indicador importante de la calidad es la estabilidad en las relaciones humanas. Lo acentúan y lo presentan como un asunto crítico en el área de las relaciones sociales entre personas con discapacidad y otros miembros de la comunidad. Resaltan además el hecho de que estas relaciones se establezcan con miembros de la comunidad sin discapacidad, distintos al personal y la familia, y consideran como estables las de un año de duración, realizando una actividad, al menos cada tres meses.

En la actualidad contamos con la colaboración de 39 voluntarios. De los 20 que iniciaron su relación en 1993, solamente en un caso se ha interrumpido la colaboración. A lo largo de este tiempo hemos podido constatar un evidente enriquecimiento de las relaciones. Un indicador significativo es la implicación, en más de la mitad de los casos, de alguno o todos los principales de la familia del Delegado Tutelar.

## **Perspectivas de futuro**

Para los próximos cinco años nuestros intereses se concentran en tres puntos:

- Finalizar el desarrollo del sistema de Calidad, para su definitiva implantación.
- Encontrar fuentes alternativas de financiación, con el propósito de garantizar el adecuado desempeño de las tutelas en ejercicio y de los com-

promisos adquiridos.

- Potenciar la figura del Delegado tutelar, reclutando nuevos voluntarios y asegurando el compromiso de los actuales.

Nada más, muchas gracias por su atención.



# ASOCIACIÓN AGUIFES

MAYTE ETULAIN GARBAYO

---

Trabajadora Social y Responsable de Programas

## **División de los sistema sanitarios y sociales**

La atención sociosanitaria que en su origen era una estructura ambigua, a medio camino entre el hospital y el nivel primario de la atención a la salud, ha ido evolucionando en sus enfoques conceptuales y prácticos, con alternativas asistenciales e instrumentos de gestión, aplicables a las muchas situaciones de la vida, en las que el objetivo no es la curación sino el cuidado, fomentando la autonomía, previniendo el deterioro y compensando la dependencia, entendiendo ésta como la necesidad de asistencia y/o ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria.

La asistencia social y la sanitaria se hallan en la mayoría de las ocasiones con una distancia neta que dificulta la atención integral a las personas necesitadas, tanto en situaciones donde el carácter social y sanitario de las necesidades son muy claras, como cuando se trata de situaciones indefinidas en los límites de ambos sistemas. Los servicios sociales debieran garantizar la cobertura de las necesidades de alojamiento, de alimentación, capacitación cultural y profesional e integración social; los sistemas sanitarios han de garantizar las necesidades para dar cobertura al derecho a la salud, con atención médica de enfermería, tratamientos y rehabilitación en casos de discapacidad y alteración de la salud. Hoy en día, no existen datos fiables ajustados a la realidad sobre la población enferma mental crónica, no hay estudios sobre el nivel de discapacidad y problemática psicosocial, por lo cual resulta difícil de precisar cuántos requieren atención social específica, debido a sus limitaciones de autonomía o funcionamiento psicosocial, sus

problemas de apoyo familiar, soporte social, necesidad de realojamiento, etc. No obstante, podemos hacer una estimación basada en otros trabajos realizados en países europeos. Siendo conservadores, se puede estimar que al menos un 15% de las enfermedades mentales crónicas requieren alguna vez atención a través de servicios sociosanitarios. En Gipuzkoa, alrededor de 2500 personas en este momento.

En la CAPV, la división de los sistemas sanitarios y sociales, no obedece a criterios técnico-asistenciales, se carece de órganos de coordinación funcional estables y sí parece obedecer a intereses administrativos y presupuestarios.

Lo relativo a la asistencia sanitaria es competencia de Gobierno Vasco a través de Osakidetza y del Departamento de Sanidad, mientras que en la atención social depende de la Administración Territorial (Diputación) y local (Ayuntamiento). Sin embargo, hasta el momento, ni en la legislación sanitaria ni en la social, se señalan mecanismos de coordinación o articulación de ambos sistemas. En realidad, ha promocionado la diferenciación, incluso la confrontación, pensando que cada sistema significa el ahorro presupuestario del otro sistema. La descoordinación y confrontación ha supuesto la insuficiencia asistencial, con lagunas en la actuación, fallas en la calidad y rendimiento al tener que asumir recursos, funciones y tareas para las que no están preparadas. En los últimos años, han prosperado iniciativas de aproximación, producto de una mayor responsabilidad de los técnicos y políticos, y de las propias demandas de los afectados, surgiendo de ello acuerdos de la Diputación con Osakidetza y el Dpto. de Sanidad, como ha ocurrido con el Acuerdo marco entre estas instituciones para colaborar en el espacio sociosanitario.

## **Aguifes: su función**

Aguifes desempeña su función como representante de las personas aquejadas de enfermedad mental y de sus familiares desde el año 1985. A partir del año 1992, la asociación se plantea la posibilidad de promocionar y gestionar estructuras intermedias que posibiliten la rehabilitación e integración de los enfermos mentales en su entorno. Esta decisión se plantea como consecuencia de la situación de los enfermos mentales en Guipúzcoa, donde el censo asciende a cerca de 16.000 personas atendidas en la red pública de

salud mental en el año 1999, y que carecen prácticamente de programas de reinserción social que complementen la asistencia ambulatoria dada en la red sanitaria.

La mayoría de las carencias que se dan en la vida de una persona aquejada de una enfermedad mental, competen a su vida de relación y a su entorno social. La falta de un puesto de trabajo adaptado a sus carencias, vivienda tutelada o supervisada, programas de acompañamiento y de planificación del tiempo libre, etc. Prácticamente son necesarios apoyos de tipo permanente que les permitan desarrollar una “vida normalizada”. La sociedad debe prepararse para asumir la integración de personas con ciertas particularidades, que quieren seguir en la misma vía aunque con paso diferente.

El cambio en la política de atención hospitalaria, que durante años se encargaba de la guarda de hecho de los pacientes que tenía bajo su cuidado, y que con la modificación, pasan a convertirse en centros de contención provisionales, modifica la expectativa de inserción de estos pacientes. Su vida permanece condicionada a la posibilidad de reagudización de su sintomatología, en ocasiones la vuelta a una situación de ingreso, posterior convalencia, etc. Estas situaciones provocan inestabilidad a su entorno y dificulta la continuidad en un trabajo, la pérdida en ocasiones del mismo o la dificultad de conseguirlo.

En la mayoría de los casos, son personas que van a depender en principio de sus familiares más directos, ya que muy pocos logran tener una vivienda propia y costearla, y en la mayoría de los casos, la dependencia se traslada a los servicios sociales, que les procura asistencia económica a través de diferentes ayudas.

Una de las demandas que más se da en la Asociación por parte de los familiares es “qué va a pasar con nuestro hijo” cuando ya no estemos nosotros, es una carga añadida para aquéllos que tienen que asumir que conviven con una persona con la que relacionarse diariamente es toda una batalla a ganar.

Quizás sea ésta una de las demandas por otro lado más difícil de cubrir, ya que supone que la función de cuidador directo que están ejerciendo los padres, tiene que ser trasladada en algún momento a otros familiares (hermanos generalmente) o bien a entidades que puedan realizar esas funciones de cuidado, en definitiva, de tutela.

Los problemas que más se dan en casos de enfermedad mental grave son aquéllos que competen al manejo de bienes materiales, administración del



dinero (incluso diariamente), administración del tratamiento y, en ocasiones, la decisión de ingreso como medida preventiva.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, Aguífes se plantea como objetivo prioritario ir dando una respuesta a la creciente demanda de los familiares respecto al futuro del paciente.

## **Relación Aguífes-Fundación Hurkoa**

Recientemente, José Luis de la Cuesta Arzamendi, como Presidente de la FUNDACION HURKOA para la defensa y tutela de personas incapacitadas, y nuestra Presidenta, Pilar Aramendi Arrieta, en nombre de AGUIFES han firmado un Convenio para el asesoramiento, defensa y tutela de enfermos psíquicos.

AGUIFES venía teniendo relación con la Fundación HURKOA desde 1993, compartiendo la preocupación sobre la falta de recursos de asistencia y soporte para los enfermos psíquicos, entre ellos el de la defensa y tutela.

Desde su creación en 1990, la Fundación HURKOA ha tramitado algunos casos de enfermos psíquicos, aunque siempre con un carácter extraordinario, dada la falta de especialización y recursos. Sin embargo, en los últimos años, la demanda para que HURKOA atienda a enfermos psíquicos ha aumentado, tanto de particulares como de instituciones, por lo que se le hacía necesario contar con la colaboración de entidades especializadas como AGUIFES.

Igualmente, estos últimos años, AGUIFES ha ido saliendo al paso de las demandas de asesoramiento jurídico de los familiares y enfermos, como ha podido, de manera modesta por su precariedad de recursos. No obstante, AGUIFES ha barajado en diversas ocasiones la posibilidad de constituir una fundación tutelar para su colectivo, cuestión que en la actualidad ha dejado en suspenso dada esta opción de acuerdo de colaboración con la Fundación HURKOA.

Según este acuerdo de colaboración, la Fundación HURKOA se compromete a prestar asesoramiento, así como a iniciar el procedimiento de incapacitación y tutela de los enfermos psíquicos derivados por AGUIFES u otros servicios públicos, previa evaluación psicosocial de AGUIFES. Además, en aquellos casos en que así lo aconseje el adecuado asesoramiento jurídico y valoración social previos, y sea dictaminado así por el juz-

gado competente, la tutela o curatela de los enfermos psíquicos que no cuenten con otro tutor o curador, recaerá sobre la Fundación HURKOA.

- Iniciación y seguimiento en trámites de incapacidad y tutela.
- Aceptación de la tutela o curatela en aquellos casos que carezcan de familiares que lo puedan hacer.
- Asunción del seguimiento jurídico y administrativo de dichos casos.
- Otros trámites jurídicos que conlleve el ejercicio de la tutela.

El acuerdo compromete también a AGUIFES, ya que se obliga a poner a disposición de los enfermos psíquicos defendidos o tutelados por HURKOA los recursos y servicios de que disponga, en función de los planes de atención individualizada de cada tutelado.

En el Convenio se establecen algunos mecanismos para asegurar la cooperación mutua. Entre ellos, se ha previsto que dos personas propuestas por AGUIFES, pasen a formar parte de la Junta de Patronato de la Fundación HURKOA. Además, se ha creado una Comisión de Seguimiento, formada por técnicos de ambas entidades.

Así pues, contamos con un nuevo servicio para aquellas situaciones en las que sea conveniente (no siempre lo es) tramitar la incapacitación legal. Ha de existir una incapacidad real y objetiva que pueda demostrarse con informes médicos y pruebas de evaluación. Además de la lógica intervención de los juzgados correspondientes, el proceso suele requerir la participación de otros profesionales, familiares y allegados al enfermo, que son los que han de iniciar el trámite cuando detecten alguna de estas situaciones

En el tiempo limitado que llevamos colaborando ambas entidades, apenas cuatro meses, hemos empezado a constatar las dificultades a las que hacíamos referencia al comienzo, principalmente la ausencia de recursos sociales, que faciliten el contacto y la supervisión del tutelado y le mantengan en una situación de rehabilitación y contención constantes.

La mayoría de los casos que demandan este servicio, son familias en las que los padres que han sido los cuidadores directos, en este momento son muy mayores, o hermanos de enfermos psíquicos, que una vez fallecidos los padres no pueden hacerse cargo del incapaz o encuentran dificultades para el ejercicio de la tutela.

Hay que considerar que, dada la naturaleza de la enfermedad, en un porcentaje elevado de casos, las relaciones familiares están muy deterioradas y ello dificulta que puedan ser nombrados tutores familiares directos del presunto incapaz.

Por otro lado, son personas con dificultades económicas, sin vivienda propia, con escasos recursos económicos, en su gran mayoría perceptores de PNC o IMI, que no han tenido contacto con el mundo laboral (normalizado o protegido) y que se encuentran en tratamiento en la red ambulatoria de salud mental, pero sin ningún otro apoyo social que les permita administrar el tiempo.

En estos momentos es demasiado reciente la puesta en marcha de la colaboración para poder hacer un balance objetivo, en estos próximos meses nos planteamos hacer una mejor definición de los objetivos a seguir, y a través de este servicio, detectar las necesidades y lagunas que existen en la asistencia sociosanitaria, con el fin de, con los resultados de esa exploración, poder aportar a los agentes de la administración implicados datos que posibiliten la definición de una política global de asistencia a enfermos mentales. Los primeros pasos se están dando, con la firma del acuerdo marco socio-sanitario, con lo que podemos pensar que la disposición es positiva hacia este colectivo.

No obstante, nos gustaría hacer algunas reflexiones:

La concesión de la tutela no debe eximir de la necesidad de habilitar recursos de rehabilitación; existe el riesgo de “quitarse al incapacitado de encima”, tanto por parte de las instituciones y profesionales, en un intento de depositar en otra entidad la responsabilidad que históricamente se sobreentiende corresponde a las familias, como en ocasiones de estas últimas, abrumados por la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la tutela con escasos apoyos y que buscan en una entidad la descarga de esa responsabilidad.