



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Heras Hernández, María del Mar

Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico
español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 97-112

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales*

New judicial instruments in the protection of handicap people in the Spanish legal system: towards a greater flexibility of traditional institutions

María del Mar Heras Hernández**

RESUMEN

La protección de las personas incapaces ha sido objeto de nuevas orientaciones legislativas en el derecho español. Esta nueva orientación responde a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España. Ante las deficiencias detectadas en las instituciones jurídicas tradicionales de protección de las personas incapaces, se adoptan nuevas medidas jurídicas de protección, como la asistencia judicial incorporada ex novo por el libro segundo del Código Civil catalán relativo a la persona y a la familia, aprobado por Ley 25/2010, del 29 de julio.

PALABRAS CLAVE: *Personas incapaces en el ordenamiento jurídico español, autotutela y sus garantías, curatela, asistencia judicial.*

ABSTRACT

Handicap people's protection has been a target to new legislative orientations in the Spanish Right. This new orientation responds to United Nations requirements about handicap people's protection, done in New York on December 13th 2006, ratified by Spain. Before the deficiencies detected in the handicap people's traditional judicial Protection facilities, where there have been adopted new judicial protection means, such as judicial assistance incorporated as ex novo, by the Civil Rights Second Book in Catalan related to the person and to the family, that was approved by Law 25/2010 July 29th.

KEY WORDS: *Handicap people in judicial Spanish commandment, guardianship and its warranties, self governance, judicial assistance.*

* Recibido: 20 de septiembre de 2010. Aceptado: 7 de octubre de 2010.

** Profesora titular de Derecho civil, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (mariamar.heras@urjc.es).

Sumario

1. El panorama actual de la protección de las personas incapaces
2. Deficiencias detectadas en las instituciones tradicionales de protección de las personas incapaces
3. La curatela en la Ley 13/2006, del 27 de diciembre, de derecho de la persona en Aragón: una curatela representativa o de contenido estrictamente personal
4. El nuevo modelo de protección diseñado por el libro segundo del Código Civil catalán relativo a la persona y la familia
 - A) La autotutela: sus garantías
 - B) Poderes preventivos
 - C) La asistencia judicial
 - D) El guardador de hecho

1. El panorama actual de la protección de las personas incapaces

La protección de las personas incapaces ha sido objeto de nuevas orientaciones, tanto legislativas como jurisprudenciales,¹ con el propósito final de alcanzar una protección individualizada, es decir, adaptada a las circunstancias y condiciones concretas de la persona a proteger, respetando, en todo caso, su capacidad natural. Esta nueva orientación responde a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.² El artículo 3o. de esta Convención articula una serie de principios básicos para la protección de las personas con discapacidad que deberán tener su fiel reflejo en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados ratificantes. Para permitir dicha adaptación se propone un cambio en la denominación de los procesos judiciales seguidos para declarar la incapacidad. Se pretende omitir términos que evoquen la idea de que el incapacitado judicialmente resulta completamente apartado de la vida jurídica, al sustituirse su voluntad para tomar decisiones mediante la representación legal que se atribuye al tutor, e igualmente de la administración de sus bienes. Por otra parte, la referencia a la modificación exclusivamente de la capacidad de obrar parece querer incidir

¹ Especialmente interesante resulta la STS del 29 de abril de 2009, RJ 2009\2901, por varias razones: en primer lugar porque pone de manifiesto los graves conflictos existentes entre los propios hijos de la incapaz, al existir, un importantísimo patrimonio familiar que administrar; porque se detallan pormenorizadamente las dolencias mentales de la incapaz, lo que supone un atentado contra su intimidad; y por último, porque a pesar del informe del Ministerio Fiscal en el que se opone a la constitución de la tutela y la recomendación de la curatela por su graduabilidad, el recurso de casación se desestima y se ratifica la tutela como mecanismo de protección.

² BOE del 21 de abril de 2008.

en la inalterabilidad de la capacidad jurídica del sujeto a proteger, titular pleno de todos los derechos en igualdad de condiciones que el resto de los sujetos. Este nuevo enfoque obligará, sin duda, a la reflexión en cuanto a la adopción de nuevas fórmulas legales de protección, menos drásticas y de consecuencias menos perniciosas para el sujeto a proteger.

En este mismo sentido, la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, del 25 de marzo, de reforma de Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ordena al gobierno a elaborar un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación, que deben denominarse: procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. La reforma procesal proyectada deberá proporcionar procedimientos más ágiles en su tramitación y plenamente garantes de los derechos fundamentales del sujeto a proteger.

En efecto, la revisión jurídica de la protección de las personas incapaces ha sido una constante en el ordenamiento jurídico español, tanto por el legislador estatal como por el autonómico. Tal es así que la nueva tendencia en la protección de las personas incapaces se ha centrado en la promoción de la voluntad del sujeto como principio fundamental que envuelve toda la regulación contenida en la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad,³ en la que se introducen algunas novedades jurídicas muy relevantes, entre las que destaca la promoción de la autoprotección a través de la figura de la autotutela;⁴ la creación de patrimonios protegidos, o la incorporación de una tutela asumida por las entidades públicas competentes a favor de los incapacitados en situación de desamparo, o respecto a quienes no puede designarse tutor conforme al orden establecido en el artículo 234 del Código Civil.⁵ Asimismo, el predominio del principio de autonomía de la voluntad se consagra también en el artículo 4.2.f) de la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de

³ Esta Ley ha sido modificada parcialmente por la Ley 1/2009, del 25 de marzo, de reforma de la Ley del 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE 26 de marzo de 2009). Son objeto de modificación los artículos 3.3; 5.2; 7.3 y 8o. de la Ley 41/2003.

⁴ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La autotutela: una institución a regular en nuestro Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 938-974. DÍAZ ALABART, S., "La autotutela", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique La Laguna Domínguez*, Universitat de València, 2008, pp. 319-337.

⁵ HERAS HERNÁNDEZ, M., "La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados", *Actualidad civil*, no. 20, pp. 2389-2407. HERAS HERNÁNDEZ, M., "La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismo de protección jurídico-asistencial", en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Ley-Universidad Rey Juan Carlos, 2006, pp. 593-633.

Dependencia, al declarar que éstos disfrutaban de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, incluyéndose el derecho a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de la capacidad de autogobierno.

2. Deficiencias detectadas en las instituciones tradicionales de protección de las personas incapaces

Un importante sector de la doctrina española⁶ ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones la necesidad de adaptar las instituciones tuitivas existentes a la realidad y necesidades concretas de la persona incapacitada. Se trataría de lograr un sistema de protección personalizado⁷ que tomase en consideración las necesidades concretas de la persona afectada por una causa incapacitante, siempre en función de la gravedad de ésta, o en atención al grado de incapacidad, para dar así una respuesta jurídica idónea y proporcionada en consonancia con la tendencia seguida por otros ordenamientos jurídicos que incorporan figuras más flexibles como el asistente en el Código Civil alemán⁸ o la *sauvegarde de justice* en el Código Civil francés. Como es sabido la protección jurídica a las personas incapaces se desenvuelve en el respeto a una serie de principios fundamentales: la individualización de las medidas de protección a adoptar en atención a la causa incapacitante o capacidad real del sujeto a proteger; el predominio de la autonomía de los sujetos en la medida que sea posible; proporcionalidad de las medidas de protección que se adoptan respecto a la persona y los bienes; el principio de presunción general de capacidad de las personas mayores de edad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del Código Civil y, por último, el preceptivo control judicial.

Por su parte el principio de “graduabilidad” de la capacidad en la sentencia que declara la incapacitación, tal y como se dispone en el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siempre es posible llevarlo a la práctica, dada la

⁶ DÍAZ ALABART, S., “Principios de protección jurídica del discapacitado”, *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Santiago de Compostela, EGAP, 2005, pp. 105 y 106. DÍAZ ALABART, S., “La autotutela”, *op. cit.*, p. 337, al declarar que: “Sin embargo el legislador español ha dejado para mejor ocasión una reforma de mucho mayor calado en la tutela, la de crear una alternativa a la incapacitación (o al menos modificar su actual regulación), como presupuesto indispensable para ofrecer una institución de guarda a quien lo necesite, a solicitud del mismo (mayor o menor) o de sus allegados. Una figura que a semejanza de las que se han incluido en el BGB, en el Código italiano o en el francés, para las personas cuya situación no reviste gravedad, sea un apoyo únicamente para las actividades de su vida en que lo precise, siempre con la garantía del control judicial”.

⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M., “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados”, *op. cit.*, p. 2398.

⁸ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *Actualidad Civil*, núm. 21, 1999, pp. 553 y ss.

ausencia de figuras intermedias dotadas de consecuencias jurídicas más tenues respecto a aquéllas propias de las instituciones tuitivas más tradicionales como son la tutela y la curatela. En efecto, estas instituciones pueden resultar insuficientes cuando se refieren a personas mayores que por su edad y/o enfermedad, y siempre en atención a la naturaleza del negocio jurídico a realizar, tienen disminuida o mermada su capacidad de obrar, pero no tanto como para establecer un régimen de tutela, que comporta la adopción de medidas de protección muy drásticas y severas, basadas en la representación y administración de los bienes y que deberían estar previstas exclusivamente para situaciones graves de falta absoluta de capacidad, por lo que no siempre se da una respuesta adecuada a la situación concreta del sujeto beneficiario de dicha protección, ni se ajustan a la capacidad natural y real de dichos sujetos. Precisamente son estos casos de mera disminución de la capacidad, provocada por la edad, asociada a discapacidades intelectuales leves o en estado incipiente, los que se constituyen el punto de mira y el nuevo reto del legislador, siendo el autonómico el que ha tomado la delantera en la iniciativa de adoptar nuevas fórmulas de protección que se adapten mejor a los problemas que la realidad social plantea. Seguidamente nos centraremos en el tratamiento de las nuevas tendencias asumidas por parte de algunas legislaciones autónomas en el tema de protección de las personas incapaces, haciéndose referencia a la figura del curador en la Ley 13/2006, del 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, promulgada por las Cortes de Aragón, con entrada en vigor el 23 de abril de 2007. También resulta de máximo interés el análisis de las novedades introducidas en el libro segundo del Código Civil catalán relativo a la persona y a la familia.

3. La curatela en la Ley 13/2006, del 27 de diciembre, de Derecho de la Persona en Aragón: una curatela representativa o de contenido estrictamente personal

El artículo 136 de la Ley 13/2006 ofrece una nueva dimensión del cargo de curador al permitirse que asuma la representación del incapacitado respecto a determinados actos de administración, e incluso de disposición, o dotando a la institución de un contenido estrictamente personal. El artículo 136 de dicha Ley establece que:

1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años.

2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal.

3. Si el incapacitado hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador quien hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga motivadamente otra cosa.

4. A esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción.

En atención a lo dispuesto en el número dos del precepto señalado, se permite que a criterio judicial se atribuyan excepcionalmente a favor del curador facultades de representación del incapacitado para llevar a cabo determinados actos de administración, e incluso de disposición de los bienes del incapacitado. Es sabido que tradicionalmente las facultades del curador han sido las de asistir, nunca representar, no pudiendo suplir o sustituir la voluntad del incapacitado para la realización de actos o negocios jurídicos. Por ello, tomando en consideración la configuración jurídica general de la institución de la curatela, es preciso entender que dicha facultad de representación adquiere un carácter excepcional y delimitado al acto o negocio jurídico de administración o disposición que se especifique en la sentencia de incapacitación, siendo el único título de atribución de las facultades representativas del curador, la propia sentencia.⁹ Asimismo, de conformidad con este apartado segundo del artículo 136 de la Ley de la persona aragonesa, es posible también dotar a la curatela de un contenido estrictamente personal, esto es, una curatela de dimensiones asistenciales, dirigida exclusivamente al cuidado de la persona protegida —entiendo que no tiene porque ir acompañada de una previa convivencia—, pero si que requiere, en esta nueva faceta del curador, de una labor de control, vigilancia y supervisión del estado de salud físico o mental del sujeto protegido, e incluso puede intervenir asintiendo el sometimiento del sujeto a determinados tratamiento médicos, intervenciones quirúrgicas o recibiendo información sobre su estado de salud. Pienso que se trata de una curatela dirigida a personas con una merma de su capacidad, o con enfermedades mentales en una fase inicial, o no muy avanzada, que se desenvuelven con cierta normalidad en su habitualidad, con capacidad natural, que requieren de la intervención de un apoyo personal o jurídico, velando por

⁹ HERAS HERNÁNDEZ, M., "Novedades en las instituciones jurídico-civiles de protección de menores e incapacitados en la Ley de Derecho de la Persona aragonesa: clases de tutela. La guarda voluntaria a favor de los incapacitados", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique La Laguna Domínguez*, cit., p. 607.

su interés personal o patrimonial, pudiéndosele atribuir, incluso, la representación jurídica del incapacitado y la atribución de facultades dispositivas cuando tal intervención queda justificada en la propia sentencia de incapacitación en atención al apoyo concreto que se requiera. En definitiva, se recurre a una institución tradicional como la curatela, modulando las facultades del curador en función de las necesidades del curatelado, sin necesidad de crear nuevas figuras de protección, como se ha hecho en el derecho catalán con la incorporación *ex novo* de la asistencia.

4. El nuevo modelo de protección diseñado por el libro segundo del Código Civil catalán relativo a la persona y a la familia

A este panorama se suma una reciente contribución legal: la Ley 25/2010, del 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del Código Civil catalán relativo a la persona y a la familia, con entrada en vigor el 1o. de enero de 2011. Este modelo de protección está conformado por la tutela, la curatela, el defensor judicial, el asistente judicial y el guardador de hecho.

Nuestro tratamiento se centra seguidamente en el análisis de algunas manifestaciones de principio de autonomía de la voluntad en esta materia, de modo particular, la autotutela y poderes preventivos, así como también la asistencia judicial y algunos aspectos relacionados con el guardador de hecho.

Con carácter previo conviene hacer referencia explícita a las disposiciones comunes que encabezan las instituciones de protección de la persona, en atención a lo dispuesto en el artículo 221-1 de este libro segundo del Código Civil catalán,

...las funciones de protección de los menores de edad y de las personas que no tengan el pleno autogobierno de sí mismas, se ejercen siempre en interés de la persona protegida, de acuerdo con su personalidad y se dirigen al cuidado de la persona, de la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos.

En cuanto a las normas contenidas en las estipulaciones siguientes, cabe destacar la declaración que se realiza respecto al ejercicio de las funciones de protección, entendido como un auténtico deber de carácter personalísimo; se ejercen de forma gratuita, salvo que se prevea expresamente la remuneración; del mismo modo, se consagra la obligación de los titulares de estas instituciones de informar de todo aquello que concierna a su persona o a sus bienes, siempre que

tenga entendimiento suficiente. Por último, se reconoce el derecho del sujeto protegido a ser oído (artículo 221-4 del Código Civil catalán).

A) La autotutela: sus garantías

El predominio de la autonomía de la voluntad para elegir tutor,¹⁰ incluyendo la posibilidad explícita de exclusión de una o de varias personas a ocupar este cargo, se acoge preferentemente, no sólo en nuestro Código Civil (artículo 234.1, cc), sino también en los distintos derechos civiles territoriales. Como no podía ser de otra manera, el libro segundo del Código Civil catalán en el artículo 222-4 bajo la rúbrica de “Delaciones hechas por uno mismo”, consagra la posibilidad de que

En el supuesto de que sea declarada incapaz, la persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto de su persona.

Pero lo cierto es que la designación de tutor en la persona en quien ponemos nuestra confianza —partiéndose de la consideración que nadie mejor que nosotros mismos para conocer las cualidades y condiciones personales de quien puede llegar a ser tutor—, no siempre obtiene los resultados esperados. Por un lado, puede existir, como ya se dijo, circunstancias sobrevenidas que hagan aconsejable al juez eludir la designación hecha por el propio interesado, y en segundo lugar, puede darse el caso de que el sujeto se haya visto sometido a presiones o captaciones de voluntad por parte del designado como tutor, y ello especialmente durante un periodo de tiempo en el que se presume que el sujeto se encuentra en una situación de vulnerabilidad extrema o dependencia afectiva, que le hace ser el blanco de abusos y presiones provenientes de su círculo familiar más cercano, agravándose considerablemente esta situación cuando la causa que provoca la disminución de la capacidad actúa ya en el sujeto, como puede suceder en los momentos previos a que el proceso de modificación de la capacidad haya sido instado, y de manera particular cuando se trata de enfermedades mentales degenerativas, como el Alzheimer. El artículo 12.4 del Convenio de Naciones Unidas de 2006 declara: “Esas salvaguardias asegurarán que las

¹⁰ PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Ramón Areces, 2008.

medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida....”.

Especialmente interesantes se muestran las cautelas¹¹ o salvaguardas introducidas por el libro segundo del Código Civil catalán. Estas cautelas tienen en común el que la delación hecha por uno mismo se realiza en un momento crucial, concretamente en el año inmediatamente anterior al inicio del procedimiento de capacidad, e incluso una vez instado el mismo. Estas cautelas son:

- La posibilidad de que la autoridad judicial prescinda de esta designación voluntaria cuando se haya producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas, o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria, o cuando el acto de delación voluntaria se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida (artículo 222-9 del libro segundo del Código Civil catalán). Se deja al arbitrio judicial la posibilidad de prescindir de esta designación en atención a las circunstancias y a instancia del Ministerio Fiscal, o de las personas llamadas legalmente para ser tutores de conformidad con el orden de delación previsto en el artículo 222-10 del mencionado texto legal.
- Se legitima a las personas llamadas a desempeñar el cargo de tutor, o al Ministerio Fiscal para oponerse judicialmente a la propia designación cuando se produce una modificación sobrevenida de las circunstancias, o que presumiblemente se tuvieron en cuenta para el acto de delación voluntaria. También, cuando la delación voluntaria se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento de incapacitación (artículo 222-9 del libro segundo del Código civil catalán).
- Declarar la ineficacia de las delaciones hechas por uno mismo si la escritura de constitución de la autotutela se otorga desde que se insta el proceso de capacidad, o después de que el Ministerio Fiscal haya iniciado sus diligencias preparatorias (artículo 222-5 del libro segundo del Código Civil catalán). Como ha quedado dicho, se trata de un periodo de tiempo crucial en el que inevitablemente surgen dudas, no solo respecto al grado real de libertad del sujeto para designar tutor, sino también se duda de su

¹¹ El preámbulo del Código Civil catalán relativo a la persona y a la familia declara en tal sentido que: "Paralelamente, se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar a la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz".

propia capacidad para hacerlo, y en su propio interés, habida cuenta de que la causa incapacitante puede estar ya mermado las capacidades volitivas o intelectuales del sujeto. Por esta razón, una vez instado el proceso judicial, se prefiere dejar plenamente en manos de la autoridad judicial el nombramiento del tutor, presumiéndose ineficaz el acto de delación voluntaria, con una presunción que deberá admitir prueba en contra. Llama poderosamente la atención como la inclusión de esta presunción de ineficacia respecto a las delaciones hechas en el tiempo señalado, rompe la regla general asentada en nuestro Código Civil de presunción de la capacidad, contemplada en los artículos 199 y 664 del Código Civil referido a la capacidad para otorgar testamento.¹² La regla general es que no se puede modificar la capacidad de un sujeto sin mediar sentencia judicial y en virtud de las causas legalmente establecidas. Lo que debería probarse es precisamente la falta de capacidad del sujeto en el momento de realizar el acto de delación voluntaria, y no al contrario.

B) Poderes preventivos

La incorporación de una disposición que permite no constituir la tutela si el sujeto a proteger había otorgado con carácter previo un poder en previsión de la pérdida de su capacidad, se realiza a través de la norma contenida en el artículo 222-1.2, dedicado a las personas que se tienen que poner en tutela, al declarar que:

1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto se han nombrado un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses.

2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevinida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder.

Se trata de los poderes preventivos contemplados en el artículo 1732.3 *in fine* del Código Civil que, como es sabido, admiten dos modalidades: aquel poder

¹² Especialmente interesante resulta en este punto la sis del 23 de marzo de 2010, sis 128/2010.

en el que en su otorgamiento se explicita que en caso de producirse una futura incapacitación del poderdante no extinguirá dicho poder (poder continuado); aquel poder que se otorga precisamente para el supuesto de que el poderdante sea declarado incapacitado (*ad cautelam*).¹³ Se trata de una muestra más de la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en la designación de la persona encargada de velar por el interés del sujeto a proteger en un futuro, así como de sus bienes. Sin embargo, no dejo de pensar que tal posibilidad resulta en gran medida contradictoria con la consideración de que estamos ante una materia de orden público; que versa sobre el estado civil de las personas y por tanto con el predominio de normas de *ius cogens*. Por esta razón se permite que si en interés de la persona protegida se llegase a constituir la tutela, la autoridad judicial pueda, en ese momento —en la propia sentencia constitutiva de la tutela—, o en un momento posterior a instancia del tutor, acordar la extinción del poder.¹⁴ Probablemente, este último inciso responde a la necesidad de que no siempre la persona designada por el sujeto a proteger resulta la más idónea en aras a la consecución del interés del sujeto protegido, por mucha confianza que se haya depositado en ella, o que la misma represente sus intereses de la misma manera y para siempre. Por eso se deja al arbitrio judicial la decisión de extinguir el poder.

C) La asistencia judicial

La asistencia judicial, con claro paralelismo a otras figuras tuitivas similares, existentes ya en ordenamientos jurídicos próximos a nuestro entorno, se regula en los artículos 226-1 a 226-7, insertos, todos ellos en el capítulo sexto, del título segundo, dedicado a las instituciones de protección de la persona. El preámbulo del libro segundo del Código Civil catalán justifica este cambio en el modelo de protección de la persona con pérdida de capacidad, entendiéndose que la incapacitación es un recurso legal demasiado drástico, poco respetuoso con la capacidad natural de los sujetos a proteger. Esta es la razón por la que queda plenamente justificada la incorporación de un nuevo instrumento de protección, la asistencia, cuyo destinatario será el sujeto, mayor de edad, que necesita del cuidado de su persona y de sus bienes como consecuencia de verse afectado por una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte

¹³ PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacitación. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección la Llave, 2008, p. 85

¹⁴ Artículo 222-2.3: "Si en el interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder".

así de una concepción de la protección de la persona que no se vincula obligatoriamente a supuestos de falta absoluta de capacidad, incluyéndose nuevas fórmulas jurídicas, que con base al libre desarrollo de la personalidad, sirvan para la protección de las personas en situaciones concretas como la vejez — etapa en la que con mucha frecuencia se padecen disminuciones de las capacidades mentales o físicas como consecuencia natural de la edad— y sin que tengan que verse necesariamente afectados por una enfermedad concreta de carácter persistente y de tal entidad que ésta resulte ser plenamente incapacitante.

El asistente se nombra judicialmente a instancia del beneficiario siguiéndose los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria.¹⁵ Se admite que sea el propio interesado quien realice la propuesta sobre la designación o exclusión de una persona para que ejerza la función de asistencia (designación positiva o negativa), salvo motivo grave, en cuyo caso la designación no es vinculante para el juez en atención al interés superior del sujeto. La posibilidad de respetar la voluntad del sujeto en la designación del cargo de asistente resulta plenamente respetuosa con el principio de la primacía de la delación voluntaria en la designación de tutor y la correlativa subsidiariedad de la delación judicial.

En la resolución del nombramiento se concretarán las funciones del asistente, pudiendo tener éstas tanto una dimensión personal como patrimonial, actuando, en todo caso, conjuntamente con la persona asistida. Es importante resaltar como característica fundamental del cargo su naturaleza cambiante, susceptible, por tanto, de adaptarse a las circunstancias y necesidades concretas del sujeto, de tal modo que no se hace sino reconocer la posibilidad de modificación de sus principales funciones, siendo la flexibilidad y capacidad de adaptación una de sus grandes ventajas. En este sentido, el artículo 226-4 de la Ley catalana declara que: “a instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente si es necesaria dadas las circunstancias”, siendo obligación del asistente el poner en conocimiento de la autoridad judicial las circunstancias sobrevenidas que justifican la modificación, ampliando o reduciendo las facultades que les son propias, en atención a la capacidad natural de la persona asistida. Cuando la intervención del titular de la asistencia sea necesaria, los actos jurídicos realizados por la persona protegida sin la preceptiva intervención de aquél, serán anulables en el plazo de cuatro años a instancia del propio sujeto protegido, o a instancia del asistente. Por lo demás, esta medida de protección es susceptible de modificación en atención a la capacidad del sujeto, ampliándose o restringiéndose

¹⁵ La jurisdicción voluntaria (artículos 1811-2055, LEC) se caracteriza por no existir conflictos de intereses. La jurisdicción voluntaria se sigue para la constitución del acogimiento, de la adopción, designación de tutores y curadores y declaración de ausencia legal.

las funciones propias de este cargo. Al titular de la asistencia le son aplicables analógicamente las normas relativas a la remoción del tutor, rendición de cuentas, sólo para el caso de que éste tenga atribuidas funciones de administración ordinaria sobre el patrimonio de la persona protegida.

En relación al contenido y alcance de las funciones del cargo de asistente, éstas vendrán determinadas en la resolución de nombramiento. Por lo que respecta al ámbito personal, “el titular de la asistencia velará por el bienestar de la persona protegida y con respeto a las opciones personales de ésta” (artículo 226-2 del Proyecto de Ley). En particular le corresponde recibir información sobre el estado de salud del sujeto sometido a la asistencia, así como prestar el consentimiento a cualquier tipo de intervención relacionada con el sujeto protegido cuando éste no se encuentre en situación de comprender, decidir sobre intervenciones quirúrgicas, o tratamientos médicos, y no hubiera otorgado documentos de voluntades anticipadas. Ya hemos dicho que se trata de una figura prevista para la problemática concreta de las personas mayores afectados, en su inmensa mayoría, por dolencias muy variadas, por lo que el papel del asistente en este ámbito puede resultar muy importante.

Por lo que respecta al ámbito patrimonial, el titular de la asistencia,

...ha de intervenir juntamente con la persona protegida, en los actos jurídicos incluidos en el ámbito de las funciones del asistente —se entiende que son las que se determinen en la resolución judicial de nombramiento—, toda vez que a petición de la persona protegida, la autoridad judicial también puede conferirle funciones de administración sobre el patrimonio, sin perjuicio de los actos que por su naturaleza pueda realizar ella misma.

Se aprecia en este punto un claro respeto a la capacidad natural del sujeto a quien se le permite realizar válidamente cuantos actos y negocios jurídicos patrimoniales y no patrimoniales tenga a bien realizar, acordes a su capacidad natural, y que no requieran de la actuación del asistente.

Haciendo una valoración general de esta nueva figura de protección, considero que la misma ofrece las ventajas siguientes:

- 1) Su reconocimiento legal responde plenamente al principio de respeto absoluto a la capacidad natural de la persona, poniéndose de manifiesto al menos en dos aspectos específicos: en la necesidad de que la autoridad judicial tome en cuenta la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión del asistente; en segundo lugar, en que es el propio asistido quien realiza los distintos actos jurídicos. Esto último de-

- muestra que se trata de un mecanismo de protección más proporcionado, que se ajusta más y mejor a los intereses del sujeto, al reconocerse su autonomía e independencia y la libertad para tomar sus propias decisiones.¹⁶
- 2) Se trata de una fórmula que puede llegar a complementar el sistema tradicional de las personas con incapacidad, llenando aquellas parcelas que se encontraban aún sin protección, especialmente las referidas a quienes padecen una mera disminución de la capacidad, o una clara situación de vulnerabilidad, producida, en muchos casos, por una edad avanzada. Se constituye así una herramienta jurídica basada en un sistema de apoyos, más o menos amplios, proyectada en atención a las circunstancias particulares de la persona, en la línea seguida por otros ordenamientos jurídicos.
 - 3) Es fiel al criterio de autoridad, por lo que cuenta con todas las garantías procesales, lo que hace de ella una institución de protección segura para la persona protegida y sus bienes.
 - 4) Destaca su flexibilidad, al reconocerse la posibilidad de incrementar o disminuir las facultades del asistente según la evolución de la capacidad natural del sujeto protegido y en atención a las necesidades concretas que le vayan surgiendo.

Definitivamente es preciso valorar la conveniencia de su incorporación a nivel estatal o general, ya que este reconocimiento no sería más que el fiel reflejo normativo de lo establecido en el artículo 12.3 de la Convención de Naciones Unidas al declarar: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

D) El guardador de hecho

Resulta incuestionable la relevancia práctica que adquiere el guardador de hecho en su labor de prevenir y evitar situaciones de auténtica desprotección de menores y mayores incapaces. El guardador de hecho asume voluntariamente la obligación de velar por la persona e incluso por los bienes del beneficiario de dicha protección. El artículo 225-1 del libro segundo del Código Civil catalán —siguiendo en parte la definición dada en el artículo 253 del Código de Familia de Cataluña— define al guardador de hecho como la “persona física o jurídica

¹⁶ Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas: “Los Estados Partes en la presente Convención, n) *Reconociendo* la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad para tomar decisiones”.

que tiene el cuidado de un menor o de una persona en la que concurre causa de incapacitación”, “siempre que no esté en potestad parental o en tutela, o aunque lo esté, cuando los titulares de estas funciones no las ejerzan”. La guarda de hecho alcanza, así, a aquellos supuestos en los que habiéndose constituido judicialmente la tutela, el tutor haga dejación de los deberes que les son propios.

Uno de los principales problemas que plantea este mecanismo de protección es como constatar su existencia. Con este propósito, el artículo 225-2.2, del mencionado texto normativo, exige que en el caso de que se trate de un mayor de edad en el que concurra cualquier causa de incapacitación, el titular del establecimiento residencial donde se encontrase tiene la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal en los términos que se expresan en el apartado anterior, imponiéndose en este apartado un plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda.¹⁷ De la premura del plazo se deduce la intención de dejar poco espacio a la verdadera guarda de hecho, es decir, aquélla “que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado”,¹⁸ respondiendo claramente a la vocación transitoria de esta medida de protección, en vigor en tanto en cuanto no se habiliten otras fórmulas de protección más idóneas y definitivas para el interés de la persona protegida.¹⁹

Por último, el artículo 225-4 del libro segundo del Código Civil catalán se encuentra referido al derecho del guardador a percibir el reembolso de los gastos y a la indemnización por los daños que como consecuencia de la guarda le generen, con cargo a los bienes de la persona protegida.

A modo de conclusión, parece que los avances legislativos se mueven en buena dirección, al extenderse también a sujetos afectados por meras disminuciones de capacidad. Por otra parte, el tratamiento jurídico actual en materia de protección de personas incapaces es muy diferente de aquel que existiera, hace apenas, algunos años atrás. La consideración y respeto de la persona incapaz en sí misma, más allá de cualquier otro interés concurrente, ha dado un nuevo

¹⁷ El artículo 7.3 del Decreto 176/2000, del 15 de mayo, de modificación del Decreto 284/1996, del 23 de julio, de regulación del sistema catalán de servicios sociales, declara que: “El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación: a) Cónyuge o pareja estable del conviviente. b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes. c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar. d) Hermanos. e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al Juez o al Ministerio Fiscal”.

¹⁸ DÍAZ ALABART, S., *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ibermutuamur, 2004, p. 70.

¹⁹ *Ibidem*, p. 71.

sentido a esta protección. Sin embargo, la integración social y familiar de estas personas sigue presentando enormes dificultades que deberán ser resueltas mediante la adopción de soluciones jurídicas concretas en atención a la situación personal, familiar, social y patrimonial del sujeto a proteger, garantizándose sus derechos y un seguimiento constante de su evolución y de la concurrencia de nuevas necesidades, a las que debe darse una respuesta más inmediata. ■