

Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela

Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El legislador estatal con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, así como también algún legislador autonómico (catalán, gallego, y aragonés), dando plena operatividad a la autonomía de la voluntad, arbitra un instrumento jurídico como la autotutela que permite que cualquier persona pueda organizar de forma anticipada su ámbito de protección tutelar, para cuando no tenga capacidad para expresarse por sí mismo, nombrando tutor, o en su caso, curador, elección de órganos de fiscalización de la tutela, y todos aquellos aspectos que permiten configurar el régimen personal y/o patrimonial de la actuación de quien será su futuro representante legal, si bien, operando sobre el estrecho margen que el sistema de tutela de autoridad previsto en nuestro Código Civil deja a la propia autonomía del individuo. En el presente estudio, analizamos en profundidad la figura, tomando como referencia no sólo la legislación estatal sino también autonómica existente, sugiriendo la necesidad de flexibilizar la rigidez del sistema de tutela judicial o de autoridad en una institución como la autotutela, pensada para que el propio individuo decida, cuando tiene plena capacidad de obrar, quien va a cuidar de su persona y gestionar su patrimonio de la forma más adecuada; de no ser así quizá se pierda la esencia de tal institución.

PALABRAS CLAVE: Capacidad. Incapacitación. Autonomía de la voluntad. Personas mayores. Representación legal. Tutela.

ABSTRACT: The state legislator with the Law 41/2003, of November 18, as well as also some autonomous legislator (Catalan, Galician, and Aragonese), giving full operability to the autonomy of

the will, arbitrates one juridical instrument as the autoguardianship that allows that any person could organize of early form his/her area of tutelary protection, for when it does not have aptitude to express by him/herself, nominating a tutor, or in his/her case, healer, election of organs of inspection of the guardianship, and, all those aspects that allow to form the personal and/or patrimonial regime of action (performance) of the future legal representative, though, operating on the narrow margin that the system of guardianship of authority foreseen in our Civil Code leaves to the proper autonomy of the individual. In the present study, we analyze in depth the figure, taking the state legislation as a reference not only but also autonomous existing, suggesting the need to adapt the inflexibility of the system of judicial guardianship or of authority in an institution as the autoguardianship, thought in order that the own(proper) individual decides, when it has full aptitude to act, the one who is going to take care of his/her person and to manage his/her patrimony of the most suitable form; of not being like that probably there gets lost the essence of such an institution.

KEY WORDS: Capacity. Incapacitation. Autonomy of the will. Old persons. Legal representation. Guardianship.

ZUSAMMENFASSUNG: Der staatliche Gesetzgeber mit dem Gesetz 41/2003, vom 18. November und auch manche Gesetzgeber der autonomen Regionen Spaniens (Katalonien, Galizien, Aragonien) regeln die eigene Vormundschaft als eine Durchführung der Gestaltungsfreiheit. Die Regelung erlaubt, dass jede Person im voraus ihre Vormundschaft veranstalten kann für die Zeit in der sie nicht geschäftsfähig sein wird. Man kann einen Vormund einsetzen oder eine Pflugschaft, Organe für die Nachprüfung des Vormundes ernennen und alle Aspekte des zukünftigen gesetzlichen Vertreters organisieren, nicht nur persönliche sondern auch vermögensrechtliche Umstände. Betrachtet vom Ausgangspunkt des engen Konzepts der Entwicklung der Gestaltungsfreiheit im Sachgebiet der Vormundschaft des spanischen Código civil. Diese Forschungsarbeit analysiert das Rechtsinstitut in der Gesetzgebung nicht nur des spanischen Staates, sondern auch der autonomen Regionen. In der eigenen Vormundschaft wird eine Flexibilisierung des Systems der richterlichen Vormundschaft vorgeschlagen. Jede Person soll entscheiden, wenn sie geschäftsfähig ist, wer für sie sorgen und ihr Vermögen zweckmässig verwalten soll. Mit einer anderen Lösung würde vielleicht das Rechtsinstitut ihr Wesen verlieren.

SCHLÜSSELWORTE: Geschäftsfähigkeit. Entmündigung. Gestaltungsfreiheit. Alten. Gesetzliche Vertretung. Vormundschaft.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la actualidad estamos asistiendo a un envejecimiento progresivo de la población y a un espectacular aumento de la esperanza de vida que, junto con los avances en la investigación médica y el descenso de la natalidad, han contribuido a un cambio paulatino de la estructura social. Un cambio en el tejido social que, precisamente, está formado por un importante contingente de personas mayores, que se prevé ira en aumento en un inexorable futuro. Un informe sobre el estado de la población mundial de las Naciones Unidas destaca que, pese a haberse cuadruplicado la población mundial en nuestro siglo, en las últimas décadas se ha modificado el ritmo de crecimiento de la misma. Según esta Organización, la población mundial se incrementará hasta llegar a los ocho mil novecientos millones en el año 2050 —casi tres millones más en los próximos cincuenta años—; y de ellos, un aumento importante tendrá lugar en el número de personas mayores de sesenta años, de los seiscientos millones actuales hasta la cifra importante y preocupante de dos mil millones.

En la vieja Europa, apelativo que resulta ahora más que nunca claramente definitorio, pues se hace cada vez más anciana, y, más concretamente, en la Unión Europea, se ha de indicar que, en los últimos 30 años, el colectivo integrado por personas mayores de 60 años aumentó en un 50% y para el año 2030 se prevé, según los expertos, en la Europa de los 25, un ritmo de crecimiento similar, hasta alcanzar el total de 110 millones de personas mayores de 60 años, de los que de 17 a 20 millones serán personas de 80 años o más, mientras que la población laboral se quedará en la cifra de los 280 millones frente a los 303 actuales, de forma que las personas de más de 50 años constituirán una proporción significativa mayor de la población activa potencial, lo que tendrá un importante efecto sobre el aumento de la tasa de dependencia.

En España, igualmente, se ha invertido la pirámide de crecimiento y se calcula que en el año 2020 un tercio de la población española tendrá más de 65 años. Además, mien-

tras esta población se ha multiplicado por siete en menos de un siglo, se estima que el grupo constituido por las personas mayores de 80 años lo ha hecho por trece. Así, en sólo 20 años (los transcurridos entre 1970 y 1990) “se ha duplicado, pasando de medio millón, a más de 1,1 millones de personas, y todo hace prever que su número superará los 2 millones en el año 2010, lo que en términos relativos supone que, para esas fechas, el 5% de los españoles, tendrá más de 80 años”¹; y que en el 2050 sean el 10% de la población².

Nuevos fenómenos, como los indicados, mayor envejecimiento —pues la generación de *baby-boom* llegará a la edad de jubilación—, prolongación en la expectativa de vida como consecuencia de las reformas sanitarias de fines del siglo XIX y los avances de la ciencia y la tecnología en el presente siglo, así como regresión demográfica desde los años 70, constituyen hechos frente a los cuales el Derecho no puede permanecer indiferente; de ahí que sea necesario arbitrar todas las medidas legislativas necesarias que permitan fortalecer e incluso incrementar los instrumentos de protección que la nueva situación demanda. Ya en el Informe antes citado, se advierte de que este lento cambio demográfico requiere opciones en materia de políticas efectivas en todo el mundo, pero de manera esencial en los países desarrollados. El reconocimiento de toda persona a la protección social y a la satisfacción de aquellos derechos económicos, sociales y culturales, resulta “indispensables para su dignidad y para el libre desarrollo de su personalidad”³. Por eso, se solicitó por parte del Secretario

¹ CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, España 1998 CES, Madrid 1999, p. 552.

RODRÍGUEZ CABRERO, G. y MONSERRAT CODORNIÚ, J.: *Modelos de atención socio-sanitaria (una aproximación a los costes de dependencia)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 90-91, cifran en un 56% la tasa de dependientes en edades superiores a los 80 años, y la que llaman “frontera de la discapacidad” se sitúa en los 75 años como promedio, 73 en hombres y 77 de las mujeres.

² Dispone en su Exposición de Motivos, la Ley 5/2003, de 3 de abril de Atención y Protección a las Personas mayores, que “la Comunidad de Castilla y León no ha permanecido ajena a este proceso, sino que se ha constituido en la Comunidad con mayor tasa de envejecimiento de España”.

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la ONU en 1948. Sobre la DUDH, *vid.*, PONS RÁFOLS, X. (coordinador): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Icaria ed., Barcelona 1998.

General de las Naciones Unidas ante la II Asamblea Mundial sobre Envejecimiento que se celebró en Madrid del 8 al 12 de abril de 2002, un Plan de Acción que garantizase una sociedad “para todas las edades” asentada sobre cuatro pilares: el desarrollo individual durante toda la vida; las relaciones multigeneracionales; la relación mutua entre el envejecimiento de la población, y el desarrollo y la situación de las personas de edad. Dicha sociedad ha de tener como uno de los pilares básicos, y es obvio que esta tesis es predicable también de todas las actuaciones que se desarrollen en el ámbito comunitario, “la habilitación de todas las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario”.

De hecho, ya en el Tratado por el que se aprobaba la Constitución Europea diversos preceptos de la misma toman conciencia de esta situación y, de forma directa o indirecta, se referían a las personas mayores, si bien no se definía concretamente que se entendía por tales. En el artículo I-3, dedicado a fijar los objetivos de la Unión, se incluía el fenómeno de la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño. Por su parte, el Título III, dedicado a la igualdad, incluye varios preceptos; entre otros se encontraba el reconocimiento de la igualdad ante la ley de todas las personas (artículo II-80), la prohibición de toda discriminación por razón de edad (artículo II-81) y el artículo II-85, titulado “derechos de las personas mayores”, que disponía expresamente que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores “a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Estrechamente vinculado con el anterior se encontraba el artículo II-94, dedicado a la Seguridad Social y ayuda social, en el que, en sintonía con la normativa ya existente en la UE en esa materia, se reconocía y respetaba el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que “garantizan una protección en casos como la

dependencia o la vejez”⁴. Precisamente, es en el seno de la OIT donde se lleva a cabo un amplio debate sobre la relación entre empleo y la protección social en las sociedades que envejecen⁵.

Nunca ha sido agradable para el hombre llegar a la vejez; decía Cicerón al respecto que la vejez le “parecía detestable porque aparta de los negocios, hace enfermo al cuerpo, aleja de los placeres y no dista mucho de la muerte”. Este pesimismo contrasta con el optimismo de quienes consideran que se debe aspirar a la vejez “con elegancia y dignidad”, en palabras del premio Nobel Hermann Hesse, en su *Elogio a la Vejez*; a lo que se puede añadir, la importancia de la experiencia como cúmulo de vivencias a lo largo del tiempo, que se configura como rasgo esencial del envejecimiento.

Hay una ancianidad llamada activa que constituye un pilar esencial en el modelo de desarrollo social. Este colectivo de la población entre 60 y 80 años desarrolla lo que en Estados Unidos se llama ya el “*poder gris*” (o mayores jóvenes). En España, el papel de los mayores es fundamental para el cuidado de menores, en la acogida de ciertos enfermos. Y cabe pensar que se organizará y actuará como grupo de presión en defensa de sus derechos y de su visión de cómo debe ser la sociedad⁶. Pero es cierto que no siem-

⁴ El texto de la Constitución Europea en esta materia de protección a las personas mayores se ha inspirado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Dicha Carta dedica su Capítulo III a la igualdad ante la Ley de todas las personas y a la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de la edad. Precisa, asimismo, que la Unión reconoce y respeta “el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Y el artículo 34 dedicado a la Seguridad Social y a la ayuda social, reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y servicios sociales “que garantizan una protección en casos como la dependencia o la vejez”.

⁵ *Vid.*, el documento de la 95ª Reunión (2006) de la Conferencia Internacional del Trabajo, presentado en el 289ª Reunión del Consejo de Administración, Ginebra, marzo 2004.

⁶ TORRELLES TORREA, E.: “La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil”, en *Protección jurídica de los mayores*, coordinadores ALONSO PÉREZ, M.; MARTÍNEZ GALLEGU, E. Mª. y REGUERO CELADA, J.: *La Ley*, 2004, pp. 224-225.

En este sentido, la Ley 3/1990, de 4 de abril del Consejo Aragonés de las Personas Mayores, modificada por Ley 22/2002, de 16 de octubre de modificación de la denominación de “Consejo Aragonés de la tercera edad”, por el de

pre se llega en buenas condiciones a determinadas edades, ni se puede prestar de igual forma a la sociedad determinados servicios. Es habitual que los papeles se inviertan en determinado momento y sean las personas mayores quienes necesiten de especiales cuidados. El Informe sobre “Las personas mayores en España”, presentado el 13 de marzo de 2001 por la Secretaria General de Asuntos Sociales, pone de relieve, entre otras consideraciones, cómo en el año 2040 habrá en España más ancianos que familiares que los cuiden y alerta sobre el peligro del actual modelo de asistencia. En España, como en cualquier otro país desarrollado, el envejecimiento de la población, al que ha contribuido el fenómeno ya señalado del incremento de la esperanza de vida, y se une la drástica caída en nuestro país de la natalidad, apunta como expectativa de vida para el año 2020 78 años para los varones y 88 para las mujeres de media; y un veinte por ciento serán personas mayores de 65 años con una considerable posibilidad de padecer enfermedades neurodegenerativas.

Aunque la medicina regenerativa está contribuyendo a posibilitar que algunas personas lleguen a centenarios con buena salud; a este nuevo aumento en la esperanza de vida no es ajena la presencia de enfermedades neurodegenerativas, tales como el alzheimer, demencia senil, enfermedad de huntington, enfermedad de parkinson, de pick, que presentan todas ellas como denominador común la pérdida gradual, hasta su total desaparición, de la capacidad de autogobierno de quienes se ven afectados por ellas.

“Consejo Aragonés de las Personas Mayores”, en cuya Exposición de Motivos se señala que “se crea el Consejo Aragonés de Personas Mayores, entidad de base asociativa, con plena autonomía en relación a las Administraciones Públicas, con funciones de relación, asesoramiento y propuestas ante los poderes públicos”, estableciendo en su artículo 3 las funciones que corresponde llevar a cabo por el Consejo. Y, también, el “Decálogo de los derechos de las personas mayores” elaborado en el año 2003 por la Comisión sectorial de las personas mayores del Consejo vasco de bienestar social. Decálogo que, como indican sus redactores, se encuentra plenamente en consonancia “con los preceptos estatutarios y constitucionales, así como con el contenido de diversos instrumentos internacionales”. Justamente se recogen como derechos, el de suficiencia económica, el de participación activa en la vida pública social y cultural y en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar “ya sea a título individual o mediante asociación de personas mayores”.

Lo mismo cabe decir de otras enfermedades que provocan disfunciones mentales, en algunos casos, que llevan a la incapacidad progresiva y acaban por inhabilitar a quienes las padecen para el gobierno de su persona y/o bienes, como el sida, o fases avanzadas de alcoholismo; u otras que afectan al cuerpo, pero no a la mente o a los sentidos, como la llamada Esclerosis lateral amiotrófica, abreviadamente “ELA”, las derivadas de la patología cardiovascular, del aparato locomotor (artrosis, osteoporosis); y de órganos de los sentidos (sordera, cataratas), que multiplican las situaciones de dependencia y exigen una cobertura específica ante la inadecuación de los mecanismos tradicionales. Se prevé que para el año 2026 existirán alrededor de 2 millones de personas mayores con problemas de dependencia (en sus diversos grados), de los que alrededor de un millón requerirán un cuidado personal⁷.

Es obvio que la capacidad de las personas no se ve afectada por el mero hecho de cumplir años, aunque sea un factor importante a tener en cuenta ante el desarrollo de determinadas enfermedades que inciden precisamente en la disminución de las facultades mentales. Serán éstas las que provoquen una merma de la capacidad y no la edad avanzada. No obstante, se trata de un sector de la población más vulnerable al padecimiento de tales enfermedades⁸, si bien los mencionados avances médicos permiten la detección precoz y el diagnóstico previo de muchas de estas enfermedades, que de ser persistentes y determinando

⁷ Tal estimación se contiene en el Informe de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología para el Defensor del Pueblo, *La atención sociosanitaria a las personas mayores en España*, Madrid, 2000, p. 90; y coincide con el estudio realizado por MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de Dependencia. Presente y Proyecciones de Futuro*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, pp. 15-16.

En general hasta los 75 años las personas mayores disfrutaban de una buena situación de autonomía y competencia personal. Tienen capacidad para llevar una vida independiente. Sin embargo, a partir de los 80 años la mayoría, que son mujeres, se encuentran en situación de gran necesidad de cuidados y atención. Las actividades para las que frecuentemente necesitan ayuda son bañarse o ducharse, el 14%, realizar tareas domésticas, 11%, y subir y bajar escaleras, el 9%.

⁸ DIAGO DIAGO, M^a. P.: “Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología*, vol. 3, núm. 1, año 2001, pp. 2-3.

la no posibilidad de autogobierno de la persona, exigirán la necesaria incapacitación y el sometimiento a las correspondientes instituciones de guarda.

Ahora bien, si asociado a la edad nos encontramos con un aumento paulatino de los mayores dependientes en diferentes grados, motivados por sus propias discapacidades, con núcleos familiares reducidos o desestructurados que en la mayoría de las ocasiones no pueden hacer frente a las necesidades de estas personas, provoca situaciones de desamparo.

Así, la incorporación de la mujer al mercado laboral junto con el aumento de la movilidad geográfica ha supuesto una modificación sustancial de la estructura familiar, reemplazando la asistencia de la dependencia prestada a través de cuidados informales en el seno de la familia, que habitualmente recaían en la mujer, por su institucionalización⁹.

⁹ Para RODRÍGUEZ CABRERO, G. y MONSERRAT CODORNIÚ, J.: *Modelos de atención socio-sanitaria (una aproximación a los costes de dependencia)*, op. cit., pp. 123-124, sólo un 2,6% de los cuidadores informales no son miembros de la familia, mientras que hasta ahora de los cuidadores unidos por vínculos de parentesco con el dependiente, el 62% son hijos o hijas; un 25%, el cónyuge (con una particular relevancia del cónyuge masculino cuando se trata de pensionistas, lo que evidencia la incompatibilidad entre trabajo y cuidado del dependiente, indudable en os casos de dependientes severos); y, un 10%, otros familiares. Los cuidadores familiares se prestan normalmente en el propio domicilio del dependiente (solo un 22% no viven en él, lo que significa que han sido acogidos en domicilio de otros familiares, o se encuentran internados en centros especializados). Respecto de los dependientes que conservan su hogar, reciben la asistencia de familiares que viven en el mismo sobre todo lógicamente si se trata del cónyuge o los hijos; no sucede lo mismo cuando son otros familiares los que se ocupan del dependiente ya que, en este caso, lo normal, salvo en la hipótesis de dependientes severos, es que el cuidador principal habite en otro domicilio, acudiendo diariamente a prestar la asistencia al dependiente, normalmente combinada con otro tipo de asistencia contratada, sea o no profesional.

Por su parte, la Proposición de Ley 124/000018 de Medidas para mejorar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal remitida por el Senado, fecha 17 de febrero de 2006 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 231-1, 17 de febrero de 2006, pp. 1 a 9), actualmente, en fase de enmiendas en el Congreso de los Diputados, en su artículo 2.1 dispone la modificación del artículo 1 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de Vida Familiar y laboral de las personas trabajadoras, que a su vez modifica el artículo 37.3 letra b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y se añade, asimismo, una nueva letra g) a este artículo 37.3, quedando redactado en los términos que a continuación se recoge: "(g) Por situaciones de dependencia severas o graves, en los términos establecidos convencionalmente".

A ello ha contribuido, igualmente, la transformación de las familias amplias, en las que convivían varias generaciones compartiendo el mismo hogar, a una familia de dimensión reducida, cuando no monoparental —pues, existe un alto número de hogares unipersonales—¹⁰; unido al aumento de los divorcios y de familias no convencionales ha contribuido a importantes cambios sociales y, por supuesto, de estructura familiar, creando situaciones de mayor vulnerabilidad en quienes se encuentran en situación de dependencia. Simplificando drásticamente, podríamos afirmar que, por lo que se refiere a nuestro país, se ha pasado —a partir de principios del siglo XX— de una “*familia patriarcal*” a una “*familia nuclear*”. Es decir, de una familia pluripersonal, que constituye una unidad de prestación de servicios sociales, se ha pasado a una familia progresivamente reducida —la mayoría de las veces centrada solo en la pareja—, que carece de medios y de estructura para atender y prestar algún tipo de servicios sociales. Esta nueva sociedad, integrada mayoritariamente por “familias nucleares”, exige de la comunidad, es decir, de su estructura jurídica —el Estado—, que se encargue de prestar toda la gama de servicios sociales antes prestados por quienes integraban las “*familias patriarcales*”¹¹.

En su artículo 6, asimismo, se modifica el artículo 2.2 de la Ley 39/1999, de Conciliación de Vida Familiar y laboral de las personas trabajadoras, que a su vez modifica el artículo 37.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, quedando redactado en los términos que a continuación se recogen: “5. *Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 9 años, o persona en situación de dependencia severa o grave, podrá optar por modificar su contrato a tiempo completo por un contrato a tiempo parcial o el derecho a una reducción de la jornada de trabajo con la disminución proporcional del salario entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de duración de aquélla, sin perjuicio de lo que se establezca convencionalmente.*”

Las opciones contempladas en el presente apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa ejerciesen cualquiera de estos derechos por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”.

¹⁰ Lo que es frecuente en personas de edades avanzadas, mayores de 65 años. Según, CASADO MARÍN, D., LÓPEZ, I. y CASASNOVAS, G.: *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración (situación actual y perspectivas)*, Fundación La Caixa 2001, pp. 11-14, un total de personas mayores de 65 años (6.500.000, aproximadamente), 775.000 viven solas.

¹¹ *Vid.*, LÓPEZ BURNIOL, J. J.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de dis-*

Tanto esta situación como la descrita en el apartado anterior presentan como nota común la necesidad de arbitrar medidas de protección de los ancianos. Entre las normas constitucionales que inciden en esta necesidad, están los artículos 10, 14, 15 y 18; y de los preceptos constitucionales en los que se regulan las obligaciones de los poderes públicos en cuanto sirven para organizar y tutelar las circunstancias que facilitan el cumplimiento de las directrices generales de la política económica y social, ha de tenerse en cuenta los artículos 39, 41, 43.2, 49 y, sobre todo, el 50.

En este contexto, la atención de personas mayores, dependientes o no, ha experimentado profundos cambios en los últimos tiempos, que exigen una redimensión de las estructuras tradicionales de cobertura de sus necesidades y la apertura a otros instrumentos, ya sean privados o públicos. Como bien sabemos constituye elemento esencial que repercute en el bienestar de la persona mayor la existencia de medios económicos a su disposición para atender las específicas necesidades vitales, vengan del propio individuo o de su familia, o de los poderes públicos. Resulta, en esencia, necesario, adoptar medidas legislativas (civiles, fiscales, penales, asistenciales, educativas, etc.) que fortalezcan los instrumentos asistenciales y de protección existentes, o incentiven la creación de otros que permitan a la persona mayor mantener un adecuado nivel de bienestar y calidad de vida, que ayude a dignificar su “status”, evitando su exclusión social, familiar y económica. No se trata tan sólo de que los “mayores” vivan más, sino también de que vivan mejor¹².

capacitados, Valencia 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, coord. Manuel Ángel Rueda Pérez, Valencia, 2005, p. 12.

¹² A título simplemente ejemplificativo, puede citarse la Ley 2/1994, de 28 de abril de Asistencia Social Geriátrica de Extremadura, en cuya Exposición de Motivos dice textualmente que: “*Las situaciones de las personas mayores son inseparables de las condiciones generales de la sociedad; la ancianidad debe ser beneficiaria de la mejora general de la calidad de vida en lo que respecta al crecimiento económico, sanitario, y cultural de nuestra comunidad*”; la Ley 11/2001, de 13 de julio de Acogida Familiar para personas mayores de Cataluña, en cuyo Preámbulo se señala que tiene por finalidad la de “*conseguir un mayor grado de bienestar para las personas mayores...*”; la Ley 3/1996, de 11 de julio de Partici-

De ello es consciente el legislador estatal, así en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Normativa Tributaria con esta finalidad¹³. Por un lado, articula una serie de instrumentos jurídicos privados de previsión y provisión de fondos, donde la propia autonomía del individuo juega un papel esencial, anticipándose a las situaciones de riesgo en que se puede encontrar este sector de la población. A tal fin, prevé la constitución del patrimonio protegido, la autotutela, los apoderamientos preventivos, contrato de alimentos; y, por otro, sobre la base del mandato constitucional del artículo 49 de la CE, ya citado, ante la falta de medios propios, o procedentes del seno familiar, corresponde a los poderes públicos proveerlos, sea directamente, a través de los servicios públicos dirigidos a estas personas, sea indirectamente, a través de distintos instrumentos como beneficios fiscales o subvenciones específicas.

Y, recientemente, de nuevo, el legislador estatal ha operado en este sentido, por un lado, en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ley de Dependencia)¹⁴, pues, además de referirse a la autotutela, ya contenida en la legislación anterior citada¹⁵, o al derecho a decidir libremente sobre el ingreso en un centro asistencial, que puede resultar operativo a través de un documento de instrucciones previas¹⁶,

pación de Personas Mayores y Solidaridad entre generaciones de Canarias que en su artículo 1d) habla de *"impulsar el desarrollo integral de las personas mayores, en orden a la consecución del máximo bienestar en sus condiciones de vida..."*; o, en fin, la Ley 5/2003, de 3 de abril de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León, que en su Exposición de Motivos, igualmente, reitera la necesidad de garantizar *"la calidad de vida de los mayores"*.

¹³ BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp. 40852 a 40863.

¹⁴ BOE, núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142 a 44156.

¹⁵ Artículo 4.2 f): *"A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de autogobierno"*.

¹⁶ En el artículo 4.2 g) de la Ley se dispone que las personas en situación de dependencia tendrán derecho... *"g) A decidir libremente su ingreso en centro residencial"*.

Por su parte, en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia*

fomenta en su artículo 4.2 i), y lo califica como derecho, el ejercicio pleno de los derechos patrimoniales de la persona dependiente, incide en la importancia de la iniciativa privada para cubrir parte de los costes que supone el riesgo de la dependencia¹⁷, y en el valor de la autonomía del individuo para autorregular sus intereses, tanto en su esfera personal como patrimonial, definiendo aquélla en el artículo 2.1 como *“la capacidad percibida de controlar,*

de información y documentación clínica (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre) define por documento de instrucciones previas, aquel en que “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo, o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

¹⁷ La Ley se refiere a la misma en: artículo 3 k) *“la participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley”;* artículo 3 m) *“la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia”;* artículo 14.7 *“A los efectos de esta Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y el patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta”;* artículo 16.2 *“Las Comunidades Autónomas establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados. En su incorporación a la red se tendrá en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector”;* artículo 33.1 *“Los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal”;* Disposición adicional séptima *“1. El Gobierno en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia. 2. Con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la presente ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de dependencia”;* Disposición Adicional décima *“2. Las Administraciones Públicas facilitarán y apoyarán el desarrollo de normativa técnica, de forma que aseguren la no discriminación en procesos, diseños, y desarrollos de tecnologías, productos y servicios, en colaboración con las organizaciones de normalización y todos los agentes implicados”.*

En relación con el tercer sector: el artículo 2.8 de la Ley dispone que *“Tercer sector: organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales”;* y, el artículo 16.4 *“Los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector”.*

*afrentar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria*¹⁸; a la par que dispone, cuando no existan tales medios, de unos niveles de cobertura del riesgo de la dependencia a cargo de los poderes públicos. Dentro de los niveles de protección del Sistema, se indica en el artículo 7 de la Ley 39/2006 que se prestarán en los términos establecidos en la misma y de acuerdo con los siguientes niveles:

- 1) Un nivel mínimo o básico común garantizado por la Administración General del Estado, aprobado por el Gobierno, previa audiencia del Consejo Territorial y financiado exclusivamente por la propia Administración General del Estado.
- 2) Un nivel superior de prestaciones derivado de los convenios que eventualmente suscriban la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las CC.AA., cofinanciado entre el Estado y las CC.AA., de conformidad con tales convenios.
- 3) Un nivel adicional de mejora de prestaciones y servicios, a iniciativa y a cargo de las Comunidades Autónomas.

Fuera del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se encuentra el plano de protección procedente del esfuerzo estrictamente privado. Está pensando la Ley en el seguro de dependencia privado en el que el tomador sea el propio sujeto dependiente.

A todo ello, se añade un elenco de prestaciones sociales y económicas referidas en la Ley que conforman lo que se denomina el Sistema Nacional de Dependencia, y que se

¹⁸ No obstante, resulta curioso que en la actual Ley se haya prescindido por completo del apartado más privatista que se contenía en el Capítulo II “Régimen jurídico de la protección a la dependencia”, dentro del epígrafe rotulado como Código Civil, donde se contenían diversos apartados concernientes al “alcance de la prestación de alimentos”, a la “incapacitación y la tutela” y a la protección patrimonial. Ni tampoco se detiene en la configuración jurídica de los cuidadores informales (Capítulo III), ni siquiera para aproximarlos a la figura del guardador de hecho.

presenta como “cuarto pilar del Estado de Bienestar”, tras el Sistema Nacional de Salud, el sistema educativo, y el sistema de pensiones desarrollado en la década de los 80.

Y, por otro lado, en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria¹⁹, cuando en atención al mandato contenido en la Disposición Adicional séptima de la citada Ley 39/2006, regula el seguro privado de dependencia (Disposición Adicional segunda); y, además, posibilita la creación de un nuevo instrumento privado de protección, que, esencialmente, pretende contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de los países desarrollados como es la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida, haciendo para ello líquido el valor de la vivienda mediante un producto financiero: la hipoteca inversa. Se define ésta como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas —aunque la disposición pueda ser de una sola vez—, hasta el importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito (Disposición Adicional primera y cuarta).

De ahí que, sobre tales bases normativas, el alcance de la protección no sólo ha de venir a través de un modelo de protección social y asistencial: pensiones, asistencia sanitaria, servicios sociales, vivienda, cultura, ocio, tutela y

¹⁹ *BOE*, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, pp. 50593-50606.

guarda administrativa, además del acogimiento²⁰, sino también a través del modelo institucional residenciado preferentemente en el ámbito del Derecho civil y, en consecuencia, en todas las materias concretas sobre las cuales pueden tener alguna incidencia en la vejez, el concepto de persona y su autonomía en la toma de decisiones anticipadas sobre determinadas situaciones, la incapacitación, instituciones de guarda como la tutela ordinaria, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho; relaciones familiares, donde ocupan un lugar esencial la prestación de alimentos, etc.

Dentro del concepto unitario de persona al que también hace referencia el artículo 14 de la Constitución Española, se encuentra este sector de la población sin que represente una categoría autónoma distinta de las tradicionalmente establecidas: menor de edad y mayores de edad, pues, forma parte de esta última este importante grupo de población. Condición de persona y su autonomía en la regulación de sus propios intereses, sobre los que se ha de incidir y poner el énfasis, por mucho que sea el empeño de hablar de una tercera edad como estado civil²¹, del único

²⁰ *Vid.*, MONEREO, J. L. y MOLINA, C.: “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, de MONEREO, J. L., MOLINA, C. y MORENO, N. (dirección), Comares, Granada 2000, pp. 1803-1872.

Una Proposición de Ley presentada por Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sobre la ordenación del bienestar social y de las familias (BOCG-Congreso de los Diputados, Serie B, 23 de abril de 2004, núm. 66-1) tiene por objeto general promover y garantizar el derecho de todos los residentes en el Estado a un régimen de prestaciones económicas y servicios mínimos básicos garantizados de responsabilidad pública, y entre sus objetivos específicos se encuentra la atención y el cuidado de las personas mayores, concepiéndolas como un sector de atención preferente y que incluiría, según reza el artículo 14 de la Proposición, “las personas de 65 años o más, los pensionistas de 60 años o más y los pensionistas de 50 años o más con discapacidad física o psíquica, cuyas circunstancias familiares o sociales aconsejen el ingreso en un establecimiento residencial” y para cuya defensa contaría con la figura del “Defensor del mayor” que tendrían por objeto defender sus intereses.

²¹ GARCÍA CANTERO, G.: “Notas sobre la ‘senectud’ como estado civil de la persona” en VV.AA.: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, vol. I, Madrid, 1988, p. 295, apuesta por “configurar la senectud como status de la persona, varón o mujer, que gozará de las acciones generales de tutela de estado, pareciendo razonable, a efecto de prueba, que conste al margen del acta de nacimiento. No se extinguirá por la declaración de ausencia, pero sí por la muerte y la declaración de fallecimiento”.

estado civil que podemos referirnos excepcionalmente y cuando se den determinadas circunstancias, junto a la clasificación tradicional descrita con anterioridad, es el de incapacidad.

Desde esta perspectiva, en la persona, como centro del Derecho Civil y de todo el Derecho en general, adquiere, tal como precisa el artículo 10 de la Constitución Española, especial relevancia su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, que determina su libertad de actuación. De ahí que no resulte del todo extraño que quienes conservando todavía en plenitud su capacidad de autogobierno, y sintiendo la amenaza de sus primeros síntomas, ante una detección precoz y un diagnóstico previo, deseen igualmente adelantarse al inexorable transcurso del tiempo y opten por determinar anticipadamente quien y como regirán su persona y/o sus bienes cuando llegue la temida incapacidad, normalmente irreversible. De tal situación, en los términos vistos, es consciente el legislador estatal, dando cobertura a su desarrollo.

Precisamente, en el ámbito del Derecho Civil, la persona, y, a los efectos que nos interesa, las personas mayores, que padecen un trastorno físico o psíquico grave y persistente son o deben ser incapacitadas y sometidas a tutela o curatela según el grado de discernimiento. Hasta ahora la triste realidad nos indica la reticencia en el seno de las familias a la incapacitación y a la tutela, pues supone la iniciación de un procedimiento contencioso y contradictorio, y la consiguiente demanda a un padre, a una madre o a un hijo, lo que se considera vejatorio. No obstante, como la doctrina ha demostrado, tal procedimiento es efectivo cuando hay un patrimonio importante de por medio²², o se tiene que vender algún bien rápidamente. Frente a esto, ¿qué mejor forma que permitir que uno mismo sea el que

A la vez, este mismo autor propone la elaboración de una Declaración Universal de los Derechos de las Personas Mayores, *vid.*, del mismo autor “¿Hacia una Declaración Universal de los derechos de las personas mayores?”, *Revista de la Escuela Universitaria de Graduados Sociales*, Teruel 1997, pp. 29 a 34.

²² ROGEL VIDE, C.: “La tutela del deficiente mental”, en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*, Madrid, 1975, pp. 156 y ss.

prevea anticipadamente cómo organizar su guarda o decidir su incapacitación?

La opinión mayoritaria es coincidente con el notario Cabrera Hernández cuando afirma que “el problema que ahora nos ocupa es el de previsión para un tiempo anterior al de la muerte, en el que la persona titular del patrimonio perfectamente capaz disponga determinadas medidas para la administración o incluso disposición del mismo para cuando haya devenido incapaz o al menos sus facultades estén disminuidas”. Es, añade, “el problema de un Alzheimer incipiente diagnosticado a un individuo que, ante la previsible disminución o alteración de sus facultades, quiere encomendar a alguna otra persona la gestión y cuidado de sus bienes”. Parece necesaria una solución al problema que se puede presentar en términos más generales y que exige, además, el cuidado de los bienes y de la propia persona enferma²³. El enfermo de Alzheimer ve cómo progresa su enfermedad y desea tomar medidas para cuando su estado sea irreversible y necesite la ayuda de otra persona. Igualmente, cualquier intervención y no sólo las jurídicas, relativa a estas personas, debe ser ampliamente justificada y respetar la dignidad, la libertad individual en la toma de decisiones, la igualdad y su protección. Fundamental resulta la autodeterminación y autorregulación en lo que representa la configuración de la atención integral de las mismas. Hoy se considera que la capacidad para la autodeterminación es un indicador potente de calidad de vida, ya que implica que las personas pueden elegir en diversos aspectos que conciernen a su vida. Por ello, la autodeterminación representa un derecho de toda persona; de ahí el avance que supone la regulación de la autotutela llevada a cabo por el legislador de la Ley 41/2003 de Protección del patrimonio del discapacitado, a lo que, igualmente, podemos añadir todo lo relativo al mandato o apoderamiento preventivo contenido en el artículo 1732 del Código Civil.

²³ CABRERA HERNÁNDEZ, J. M^a.: “La modificación del número 3 del artículo 1732 del Código Civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24, 1997, pp. 102-103.

Se impone por ello la necesidad de una reflexión profunda sobre las soluciones actuales que proporciona el Derecho y sobre las que eventualmente puede proporcionar en un futuro, para responder a estas nuevas situaciones que están adquiriendo especial carta de naturaleza. Se trata de propiciar una tutela adecuada y efectiva de quienes forman parte de este sector de población que representa la tercera edad. A esa protección tutelar vamos a dedicar el presente estudio, centrado, esencialmente, en la configuración de una modalidad tutelar como es la autotutela o autodelación de la tutela, que supone una modernización de las estructuras tradicionales de protección, y que desde la propia autonomía del individuo y su capacidad para autorregular sus intereses, se va a posibilitar que cada uno decida anticipadamente, cuando se tiene plena capacidad de obrar, quien quiere que sea su representante legal o, simplemente, quien no debe serlo, ante una eventual incapacitación judicial.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No existen antecedentes legislativos de esta modalidad tutelar en el Derecho histórico español, ni mención alguna de esta institución en el Código Civil hasta su reforma por Ley 41/2003²⁴. Su origen es de producción esencialmente doctrinal. Hasta 1921 no se había considerado de interés esta figura, posiblemente porque el impacto de la edad prolongada en la capacidad de las personas tenía escasa incidencia, por no haberse producido muchos casos que hiciesen simplemente conveniente un estudio o una regulación legal. Fue en ese año cuando Diego Crehuet del Amo pronunció su Discurso en la Real Academia, y llevó a cabo un desarrollo amplio de la figura.

²⁴ Rivas Martínez expone unos antecedentes históricos en el Derecho romano y en el Derecho histórico español, más bien referidos a la tutela en general que a la figura de la autotutela, pese a que incluye los mismos en el epígrafe VI. Autodelación de la tutela. *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacitación", *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1998, pp. 156-165.

Posteriormente, dignos de mención como posibles repuntes legislativos de interés sobre la materia, son, por un lado, una Real Orden de 14 de marzo de 1924²⁵, relativa al nombramiento de tutor hecho para sí mismo en previsión de la propia incapacidad, si bien no entró en el fondo del asunto, ni tampoco ofreció una regulación completa en relación con la figura. Vino a dar respuesta a una instancia presentada en solicitud de que se declarase eficaz la designación de un tutor que actualmente y previniendo su futura incapacidad hubiera hecho el solicitante para sí mismo ante Notario público. Razonaba que “el caso no previsto en la legislación vigente debía reglamentarse utilizando el argumento analógico en relación a la tutela testamentaria y valerse de aquel criterio que autoriza al padre para nombrar tutor a su hijo en testamento”. Dicha Real Orden aceptó el razonamiento *“considerando que si bien la norma fundamental en que habría de apoyarse el precepto cuyo establecimiento se pide puede considerarse implícitamente contenida en la legislación civil española, y desde este punto de vista, los artículos 206 y siguientes del Código Civil serían susceptibles de aplicación analógica a un caso, en que se da, en cierto modo, el doble supuesto de los mismos —la desaparición de una personalidad capaz y la subsistencia de otra incapaz—”*. Pero desestimó la instancia, fundándose en incompetencia, ya que *“a la Administración, como órgano ejecutivo stricto sensu no corresponde normalmente ni la declaración in concreto de los derechos civiles —función propia de los Tribunales— ni la explicación o declaración de los preceptos que están contenidos explícitamente en leyes de tal naturaleza”*.

²⁵ Publicada en el *Anuario del Ministerio de Gracia y Justicia*. Dirección General de los Registros y del Notariado de 1924 (año XX), Madrid, 1925, pp. 521-522.

A esta Real Orden, si bien con fecha errónea 14 de abril de 1924, y sin mayor comentario, limitándose a resumir su objeto “sobre posibilidad de designar tutor para sí mismo en previsión de su futura incapacidad”, se refiere CASTÁN TOBEÑAS, José en las *Notas al Derecho de Familia* de KIPP, Theodor y WOLF, Martín con PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, T. IV, vol. II *Relaciones paternofiliales y parentales. Tutela*, traducción castellana de la 20ª edición alemana, 2ª edición, Bosch, Barcelona 1979, pp. 441-442.

Y, por otro, cita la profesora María de los Ángeles Parra Lucán²⁶, el proyecto de Tutela y Curatela que el Cosseller de Justicia y Dret sometió en 1934 al Parlamento de Cataluña, en cuyo artículo 19 se preveía la autotutela, y asimismo, la curatela del presunto incapaz durante su proceso de incapacitación²⁷, que no llegó a convertirse en Ley.

Ahora bien, de nuevo desde la doctrina se intenta dotar de regulación a la materia. Interesantes son los trabajos del Abogado del Estado y Notario Eloy Sánchez Torres en 1928, donde expone su punto de vista bien razonado acerca de la posibilidad de la autotutela en el Derecho español con aportación de antecedentes consuetudinarios de países eslavos y a partir del relato de un caso sucedido en 1927, y publicado en una revista jurídica alemana, la *“Deustche Juristen Zeitung”* en sus crónicas de Derecho extranjero. Un joven ruso, de origen finlandés, llamado Ivon Cnimzo, aseguraba que a los veinte años aparecía en sus familiares una tara hereditaria, al parecer incurable. La enfermedad, cuyo nombre se silencia, conlleva que su capacidad se borre, y con ella decaiga su independencia jurídica. Este joven se encontraba en 1927 en posesión de cuantos derechos civiles le concedía la legislación soviética y el mismo día de su mayoría de edad autorizó un documento en el que, si su enfermedad heredada latente llegaba a exteriorizarse, declaraba su deseo de someter su curatela privada a sus tutores, que designaba nominalmente. Ante la duda entre la autonomía de la voluntad y las costumbres vigentes en que se fundaba la legislación, se reconoció la legalidad de dicho documento por él suscrito en Rusia, y con ello

²⁶ PARRA LUCÁN, M^a A.: “El régimen de tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán (I)”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 20, abril 1994, p. 113.

²⁷ Artículo 19 del Proyecto: *“El major d’etat capaç, pot nominar-se tutor en instrument públic, en previsió de trabar-se en alguna de les situacions que expressa el paràgrai segon de l’art 2”*.

Artículo 2 del mismo Proyecto señalaba: *“Els majors d’etat o habilitats d’etat que per malatia, deficiencia mental o defecte orgànic, no es podem regir a si mateixos u necesiten ajut permanent”*.

Vid., Parlament de Catalunya, L’Obra Legislativa 1932-1939. Anexo núm. 2 al “Diario de Sesiones”, núm. 199.

la posibilidad de que una persona pueda designar para el futuro su propio tutor²⁸.

Y, posteriormente, en 1953 el que tiene lugar a cargo de Lino Rodríguez Arias Bustamante, donde en un interesante artículo se vuelve a cuestionar la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho, apoyándose en el habitual argumento analógico del artículo 204 del Código Civil; y en el que, asimismo, expone —lo que supone una novedad—, las dos vertientes, positiva y negativa, de la figura.

Aún siendo escasa la difusión de la figura, intentos posibles para introducir en nuestro Derecho positivo la autodelación de la tutela los encontramos en el borrador del Proyecto de Pedro Apalategui, que lo defendió en la Comisión General de Codificación, en la década de los años cincuenta, en el que ofrecía algunas novedades orientadas a la reforma de la tutela, dando a la tutela testamentaria una regulación algo más extensa y sometiendo a tutela en el artículo 201.3º a “quienes adolecían de insuficiencia mental tan acentuada que por ella corrieran grave riesgo en su propio gobierno”²⁹; así como en el Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela redactado por los profesores Luis Díez-Picazo, Carlos Rogel Vide, Jorge Caffarena Laporta, Antonio Cabanillas Sánchez y, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, en el que se presentó un “Anteproyecto de Ley de Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela”, referido sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, y en el primero de los cuales trataría, precisamente, de la incapacitación, e introducía como innovación relacionada con la materia la “incapacitación voluntaria” (artículos 211 y 212 del Capí-

²⁸ SÁNCHEZ TORRES, E.: “Un nueva modalidad tutelar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, pp. 345-347.

Este caso fue posteriormente utilizado y difundido en la II Legislatura (año 1982-1986) en las Cortes Generales por el diputado del grupo Popular Durán Corsanego con motivo de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Tutela en la sesión Plenaria núm. 39 del Congreso de los Diputados celebrada el martes, 24 de mayo de 1983, p. 2775.

²⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a: “Comentarios a los artículos 222 y 223 del Código Civil”, en *Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 272 y 281.

tulo II)³⁰. En la Presentación previa del referido Estudio, se señalaba que aquélla “*prevé la posibilidad de que puedan someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias determinantes de su posible incapacitación legal, así como las personas en avanzado estado de senilidad o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses. Con ello se arbitra una solución para problemas planteados en la vida real, siguiendo pautas marcadas ya por el Código Civil suizo*”³¹.

Sin embargo, como indica Badosa, el “Estudio” no saca la conclusión de “una vez admitida la incapacitación voluntaria, o mejor la incapacitación judicial en base a petición propia, se admita otra consecuencia: que el incapacitado antes de la incapacitación judicial pueda designar tutor”. Simplemente, “la designación del tutor se regula como si no se hubiera introducido la ‘incapacitación voluntaria’”³². No se acepta la autotutela. Así se dice en la Presentación que se prefiere para el nombramiento de tutor “al cónyuge del tutelado no separado legalmente de éste, a los padres, a las personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad —que serán vinculantes, si en el designado concurren los necesarios requisitos de capacidad y de idoneidad— y, finalmente, a las

³⁰ Artículo 211: “*Podrán someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias contempladas en el artículo 200, y las personas en avanzado estado de senilidad o con alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses*”.

Artículo 212: “*En la incapacitación voluntaria se aplicarán plenamente las disposiciones del presente título, con excepción de lo dispuesto en el artículo 205*”.

³¹ *Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, de los profesores de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, ROGEL VIDE, Carlos, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, bajo el patrocinio del Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales y del Patronato para ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, 1977, pp. 22-23.

³² BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, J. M^a Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1993, pp. 908-909.

personas que el juez elija entre los descendientes, ascendientes y hermanos del tutelado, con prioridad de los consanguíneos respecto a los afines”; y se reitera en el artículo 245 en sede de “Delación de la tutela y del nombramiento del tutor”³³.

Sin que se tramite parlamentariamente el citado Anteproyecto, no obstante, inspirado en el mismo, y sobre la base de un borrador elaborado inicialmente en la Comisión General de Codificación por su Secretario e ilustre jurista José María Castán Tobeñas en 1977, encontramos otro Borrador de Anteproyecto a cargo de otro grupo de trabajo en el seno de la Comisión de Codificación, presidido por don Pedro Aragoneses Alonso, que fue aprobado por el Gobierno de UCD, y presentado a las Cortes Generales, el 8 de mayo de 1981, a propuesta del Ministerio de Justicia un Primer Proyecto de Ley de reforma de la tutela³⁴. El tratamiento de la autotutela como legitimación del interesado para designar tutor tiene lugar por vía de Enmiendas al articulado del Proyecto, cuyo firmante es, en relación con esta materia, el Grupo Comunista. En estas enmiendas, la autotutela se vincula a la “incapacitación voluntaria”, fundándose, una y otra, en la facultad actual de autorregimiento de la persona mayor de edad no incapacitada³⁵.

Al artículo 202 del Proyecto³⁶ se presentó en el Congreso de los Diputados la enmienda núm. 11, donde se añadía

³³ “Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela”, *op. cit.*, p. 26.

Artículo 245 del Proyecto: “Para el nombramiento del tutor se preferirá:

1º Al cónyuge del tutelado, que no se encontrare previamente separado de éste.

2º A los padres.

3º A las personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad.

4º A la persona que el juez elija entre los descendientes, ascendientes y hermanos del tutelado, con prioridad de los consanguíneos respecto de los afines”.

³⁴ Primera Legislatura (1978-1982). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981, pp. 2305 a 2319.

³⁵ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 910.

³⁶ Artículo 202 del Proyecto: “Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz”.

un segundo párrafo: *“También podrá promover una persona su propia incapacitación”* y la motivación *“no debe haber obstáculo a que una persona inste su propia protección tutelar”*. Sin utilizar la expresión, se refería esta enmienda a la incapacitación voluntaria.

Respecto a la autotutela positiva en relación y con preferencia a la designación paterna, la enmienda núm. 20 dotaba de nueva redacción al artículo 223³⁷, y establecía que *“podrán en testamento nombrar tutor (...): 1. Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concurra en ellos causa de incapacitación”*. La motivación sobre la que se basaba, era que *“la persona mayor de edad es la más indicada para designar a su propio tutor y establecer las medidas que considere más oportunas en el caso de que, con posterioridad a la designación concurra en ella una causa de incapacitación”*.

Esta preferencia sobre la designación paterna se repetía en la enmienda núm. 12 al artículo 225³⁸ al añadirle un nuevo párrafo: *“las disposiciones efectuadas por el propio incapacitado antes de que concurra la causa de incapacitación se aplicarán con preferencia a las realizadas por los padres”*; y en la enmienda núm. 24 al artículo 234, al establecerse en primer lugar para el nombramiento de tutor: *“1º. A la persona designada por el incapacitado antes de que concurriera la causa de incapacitación”*³⁹.

³⁷ Artículo 223 del Proyecto: *“Los padres podrán en testamento nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición, siempre que no sean contrarias a las leyes y a las buenas costumbres”*.

³⁸ Artículo 225 del Proyecto: *“Cuando existieren disposiciones de última voluntad, tanto del padre como de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles.*

De no serlo, se preferirán las que resultaren más convenientes para el tutelado”.

³⁹ La motivación era: *“Por coherencia con la enmienda al artículo 223”*.

Artículo 234 del Proyecto establecía: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

1º. Al cónyuge no separado.

2º. A los padres.

3º. A la persona o personas designadas por éstos.

4º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez”.

La nueva redacción que se proponía en la enmienda del artículo 234 era: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

La autotutela negativa se propuso como un supuesto de inhabilidad en la enmienda núm. 31 al artículo 244.1: “1. Los excluidos expresamente por el incapacitado mayor de edad antes de concurrir la causa de incapacitación”. La motivación residía en “la coherencia con la enmienda al artículo 223”.

En el Informe de la Ponencia⁴⁰ se rechazaron en principio todas las enmiendas. Se vinculó el rechazo de la enmienda núm. 11 relativa a la incapacitación voluntaria con las correspondientes a la autotutela, pues se sugirió por la Ponencia que “éstas fueran provisionalmente rechazadas por coherencia con lo informado respecto de otras enmiendas que guardan alguna relación con el tema”. No obstante, la enmienda núm. 31 al artículo 244, aunque rechazada en su literalidad, podría resultar parcial y esencialmente aceptada en la nueva redacción que la Ponencia sugería como número 2: “Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado”.

Tras el debate en el Pleno del Congreso en sesiones de 5 y 11 de mayo de 1982, y su aprobación el día 11 de mayo de 1982, fue el texto remitido al Senado el 24 de mayo de 1982, al que se presentaron enmiendas, ninguna en relación con la incapacitación voluntaria y la autotutela positiva y negativa.

Pese a haber superado las fases de enmienda, Ponencia y Comisión y ser aprobado por los Plenos del Congreso y Senado, dicho Proyecto no se aprobó ante la anticipada disolución de las Cortes Generales el 31 de agosto de 1982 y la convocatoria de nuevas elecciones⁴¹.

Constituidas de nuevo las Cortes Generales en su II Legislatura (años 1982-1986), uno de los primeros Proyec-

1º. A la persona designada por el incapacitado antes de que concurriera la causa de incapacitación.

2º. Al cónyuge no separado.

3º. A los padres.

4º. A la persona o personas designadas por éstos.

5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez”.

⁴⁰ Informe de la Ponencia. Comisión de Justicia e Interior, *BOCG*. Congreso de los Diputados, núm. 202-I 2, serie A, 30 de abril de 1982, pp. 2361-2384.

⁴¹ Real Decreto de 27 de agosto de 1982.

tos que se tramitaron fue precisamente el de reforma de la tutela y que, finalmente, se convertiría en la necesaria y esperada reforma de la tutela en nuestro Código Civil. De nuevo, se trató por vía de enmienda tanto el tema de la autotutela como la incapacitación voluntaria. Las enmiendas favorables del Grupo Mixto (diputados del Partido Comunista) se sumaron a las del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados. Y en el Senado, se sumaron, igualmente, las enmiendas favorables del Grupo Popular y del Senador del Grupo Mixto Pere Portabella i Ràfols. No obstante, como indica Badosa Coll, se puede hacer previamente una síntesis de la discusión parlamentaria, diciendo que “se rechazó la incapacitación voluntaria, considerándola superflua debido a la amplísima legitimación activa del artículo 204; desconociendo con ello la diferencia entre ambas. Y se discutió ampliamente y se rechazó tanto la autotutela positiva al centrarla en el ‘próximo’ a la incapacidad, unido al argumento del peligro de la captación; como la negativa, sin mayor argumentación”⁴².

Durante su tramitación en el Congreso de los Diputados se presentaron, con relación a la materia, de nuevo, numerosas enmiendas. Así, al artículo 202, la enmienda núm. 9 de adición en la que se proponía la incapacitación voluntaria: “*También podrá promover una persona su propia incapacitación*”⁴³. Motivación, “*no debe haber obstáculo a que una persona inste su propia protección tutelar*”; la enmienda núm. 14 al artículo 223 al que se dotaba de nueva redacción: “*podrán en testamento nombrar tutor (...): 1º. Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concurra en ellos causa de incapacitación. En el supuesto de que nombraren tutor a persona distinta de los padres no se rehabilitará la patria potestad que se establece en el artículo 171*”. Motivación basada en que “*la persona mayor de edad es la más indicada para designar a su propio tutor y establecer las medidas que considere más oportu-*

⁴² BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 912.

⁴³ El artículo 202 del Proyecto disponía: “*Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendiente, y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz*”.

nas en el caso de que, con posterioridad a la designación, concurra en ella una causa de incapacitación”; y la núm. 50 también sobre el mismo precepto, en el que se proponía añadir un segundo párrafo en estos términos: “cualquier persona, en documento notarial, podrá adoptar, respecto de sí misma, las medidas prevenidas en el párrafo anterior”⁴⁴. La motivación residía en que con ello “se amplían las posibilidades que contiene el precepto al permitir también que en documento público notarial puedan establecerse órganos de tutela, respetando así el carácter, en principio, familiar de la misma. Finalmente, se incluye un nuevo párrafo que permite al sujeto prever su propia incapacidad y regularla convenientemente, antes de que se produzca, respetando así el principio de plena libertad personal”. Al artículo 225 se propuso una enmienda núm. 15 de adición, quedando el nuevo párrafo con la siguiente redacción: “las disposiciones efectuadas por el propio incapacitado antes de que concurra la causa de incapacitación se aplicarán con preferencia a las realizadas por los padres”⁴⁵. Al artículo 234, igualmente se fijó una enmienda de adición, la núm. 16, en la que se añadiría un número nuevo que figuraría en primer lugar, enumerándose correlativamente los demás: “1º. A las personas designadas por el incapacitado antes de que concurriera la causa de incapacitación”. Al artículo 236.4º se adicionó una enmienda de sustitución, la número 18, en la que la nueva redacción se establecía en los siguientes términos: “4º. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que el tutelado o sus padres hayan designado para ejercer la tutela conjuntamente”. Y, al artículo 244 referido a la autotutela negativa, la enmienda núm. 22 de adición, en la que se proponía un nuevo párrafo del siguiente tenor: “los excluidos expresamente por el incapacitado mayor de edad antes de

⁴⁴ Firmada por Don José Cañellas Fons, Don Manuel García Amigo y Don Emilio Durán Corsanego, todos ellos del Grupo Popular.

⁴⁵ Artículo 225 del Proyecto establecía: “Cuando existieren disposiciones de última voluntad, del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles.

De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

concurrir la causa de incapacitación". En todas estas últimas enmiendas la motivación era la misma "en coherencia con la enmienda al artículo 223".

En el Informe de la Ponencia, se acordó por mayoría que todas las enmiendas expuestas fueran rechazadas como innecesarias⁴⁶.

En la Comisión de Justicia e Interior en su Dictamen sobre el Informe de la Ponencia, el Sr. Pérez Royo, en nombre de los Diputados comunistas, defendió la enmienda núm. 9 argumentando al respecto que "de lo que se trata es de admitir que el propio presunto incapaz, el eventual incapaz mejor dicho, pueda él mismo promover su propia incapacitación y organizar su propio sistema de tutela de acuerdo con sus particulares preferencias. Digo que puede parecer chocante el espectáculo de una persona respecto de la cual existen visos de incapacitación, promoviendo su propia incapacidad y como digo organizando su tutela. En realidad, si se piensan supuestos reales, supuestos que acontecen, yo no diría cada día *afortunadamente*, pero que acontecen en la vida normal, en el despacho, esto resulta menos chocante y más adecuado a los problemas reales. Baste pensar en un ciudadano adicto al alcohol, a la cocaína o algún otro elemento de los calificados de autodestrucción y adicto hasta el punto de que prevé claramente que continuando con este hábito, va a llegar un momento en que va a ser incapaz de gobernarse por sí mismo, y en consecuencia sometido a tutela; tutela que se presenta de muy diferentes formas en cuanto a la propia personalidad del sujeto al cual va a ser encomendada su propia tutela y este sujeto que tiene varias personas, entre las que eventualmente van a ser sus tutores, decide, cuando todavía está en situación lúcida que su tutela sea desarrollada por tal persona"⁴⁷. En su contestación de rechazo a tales argumentos, el diputado del Grupo socialista el Sr. López Sanz manifestó que

⁴⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, 26 de abril de 1983, serie A., núm. 4-I-1, pp. 2627-2649.

⁴⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión celebrada el miércoles 11 de mayo de 1983, núm. 27, p. 2658.

*“ya existe en el proyecto, el artículo 204, que prevé que cualquier persona y, por tanto, también el presunto incapaz, pueden poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de una posible incapacitación”*⁴⁸. Y, el diputado Sr. Ruiz Gallardón propuso, como mejor opción, una enmienda transaccional sobre la base de que *“la persona capaz prevea o tenga motivos suficientes para considerar que puede devenir en un determinado momento a incapaz, solicite del Ministerio Fiscal que éste promueva su propia incapacidad para evitar todo tipo de fraudes”*⁴⁹.

Por su parte, el diputado del Grupo Popular, el Sr. García Amigo, en defensa de las enmiendas núm. 50 y 59, centró sus fundamentos en relación con la primera, en la facultad de autorregimiento del mayor de edad. Dijo: *“que duda cabe que, estando el interesado en condiciones de poder hacerlo, quien mejor que él para saber quien será buen tutor para él mismo”*; y, en el argumento analógico sobre la facultad del nombramiento de los padres *“se da esta posibilidad a los padres para con los hijos y quieren mucho los padres a los hijos pero, por lo menos, se quieren igualmente las personas a sí mismas”*. Y, en relación con la segunda, sin entrar en la autotutela, se limitó a la tutela testamentaria y a su prioridad sobre la que corresponde al cónyuge: *“a diferencia de cómo viene en el proyecto en dónde se sitúa en primer lugar al cónyuge que conviva con el tutelado menor o incapacitado, nuestra enmienda se concreta en situar en primer lugar a la persona o personas designadas por los padres”*⁵⁰.

Se opuso a la enmienda núm. 50, en la misma sesión de la Comisión, el diputado socialista Navarrete Merino, fundando su posición *“en la figura del presunto in-*

⁴⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión celebrada el miércoles 11 de mayo de 1983, núm. 27, p. 2658.

⁴⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión celebrada el miércoles 11 de mayo de 1983, núm. 27, pp. 2658-2659.

⁵⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión celebrada el miércoles 11 de mayo de 1983, núm. 27, pp. 2683-2688.

capacitado que puede incurrir en errores derivados de su propia condición, y en la posible captación de su voluntad"⁵¹.

En la sesión Plenaria de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 24 de mayo de 1983, el diputado del Grupo Popular el Sr. Duran Corsenego en defensa de la enmienda núm. 50 de su Grupo, después de traer a colación los precedentes doctrinales de la autotutela (Crehuet del Amo, el hoy jubilado notario y abogado del estado Sánchez Torres, con quién hablé de esto hace unos días y también el profesor doctor Rodríguez Arias), señaló que *"creo que hay una laguna en el ordenamiento jurídico cuando los actos de disposición se limitan a ser otorgados a la plena capacidad y al subsiguiente fallecimiento de la persona. Entre aquella plena capacidad y el fallecimiento hay una ancha zona pues es posible que se produzca una incapacitación antes de llegar al fallecimiento. Para estas situaciones no hay previsto en las Leyes nada que el propio interesado pueda proveer. El acto de exteriorizar la voluntad reflejándola sobre sí, vertiéndola sobre uno mismo, debe considerarse, por lo que afecta al organismo tutelar, plenamente válido. Es una faceta de los derechos sobre la propia persona, acaparada por la Constitución. Antes que el fenómeno del cariño o del afecto que produce la tutela testamentaria y antes naturalmente que otros más distantes sentimientos, expresos o presuntos, como es el caso de las tutelas legítima y dativa, el propio cariño, más egoísta, más previsor, más humano, debe gozar entre nosotros de un atributo que a nadie daña y a muchos puede favorecer"*⁵².

Remitido el texto al Senado, se presentaron enmiendas al artículo 223, en concreto, la núm. 15 por el Grupo Parlamentario Popular, de adición de un segundo párrafo: *"Cualquier persona en documento público o notarial podrá ordenar respecto de sí misma las medidas prevenidas en el*

⁵¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Sesión celebrada el miércoles 18 de mayo de 1983, núm. 29, p. 2682.

⁵² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Sesión Plenaria núm. 39, celebrada el martes 24 de mayo de 1983, p. 2775.

*párrafo anterior*⁵³; y la núm. 28 por Don Pere Portabella i Rafols del Grupo Mixto, en la que se proponía una nueva redacción: “podrá en testamento nombrar tutor (...): 1º. *Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concorra en ellos causa de incapacitación (...)*”.

En el Informe de la Ponencia de 15 de septiembre de 1983 se rechazaron ambas enmiendas⁵⁴. Y en la sesión Plenaria del Senado de 21 de septiembre de 1983, las intervenciones de los senadores del Grupo Mixto, Portabella i Rafols, y de la senadora Reigada Montoto en defensa de las enmiendas núm. 28 y 15 respectivamente y de la autotutela se fundamenta por parte del primero “*en que la persona puede estar interesada en poder ejercitar este derecho designando a la persona en la cual tenga más confianza o quiere más, primando la afectividad (...). Es una libertad que no se le puede negar y sería coherente con la filosofía de defender exhaustivamente que a nadie por su situación en este caso de salud física se le puedan recortar sus derechos si no es por sentencia judicial, previo a todo procedimiento*”. Y de la segunda, en razones afectivas y de Derecho comparado⁵⁵. En oposición a ambos, la senadora del Grupo socialista Sauquillo Pérez argumentó la falta de base real y presencia social de la autotutela: “*¿Cuántos de los que estamos en esta Cámara y cuántos de nuestros ciudadanos se han planteado hacer su propia declaración, considerando que van a ser incapaces en un momento concreto, para regular su propia autotutela? (...). La libertad personal, la libertad para decir cómo quieres tú hacerla y cómo quieres mantenerla, sin embargo, entiendo que ésta es una figura que no podemos sacar en este momento sin ninguna base, porque no tiene base real. No es fácil que nadie se lo pueda plantear (...). Si tú haces una declaración en un documento notarial de tu propio tutor y de cómo se va a regular tu tutor, en muchas ocasiones, incluso a*

⁵³ Motivación: “*Ampliar la tutela testamentaria a otros documentos notariales y admitir la posibilidad de ‘autotutela’*”.

⁵⁴ BOCG, Senado, 15 de septiembre de 1983, serie II, núm. 20 (c), p. 2830.

⁵⁵ Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 28, celebrada el miércoles 21 de septiembre de 1983, pp. 2870 y 2872.

personas que están a punto de fallecer se les induce a que hagan testamento y entonces, con la declaración de tu propia autotutela puedes conseguir que esa libertad máxima no sea a favor de él, sino en contra de él porque se puede sentir coaccionado"⁵⁶.

Aprobado por el Senado y remitido al Congreso, tras el debate en el Pleno, el texto definitivo vio la luz el 24 de octubre de 1983.

En el mismo, sobre la base de un sistema de tutela de autoridad en su modalidad judicial, que sustituye el sistema de tutela de familia, no se incluye ningún precepto en el que se regule tanto la incapacitación voluntaria como la autotutela. Como se ha expuesto, en los debates parlamentarios triunfaron los argumentos *en contra* de su regulación residenciados principalmente en:

- 1) Lo innecesario que resultaba una regulación específica de esta modalidad de incapacitación, ya que el artículo 234 del Código Civil permite "*a cualquier persona*" acudir al Ministerio Fiscal para poner en conocimiento de éste todos los hechos que pudieran ser determinantes de su incapacitación⁵⁷; y el requisito de la audiencia al interesado que imponía el artículo 231 del citado Cuerpo legal.
- 2) La posible captación de la voluntad del autotutelado, al que consideraban ya una persona prácticamente incura en causa de incapacitación o muy cercana a ella.
- 3) El hecho de ser una figura que no se puede incluir en un proyecto de ley de tutela casi de refilón, sino que

⁵⁶ Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria núm. 28, celebrada el miércoles 21 de septiembre de 1983, p. 2871.

⁵⁷ Para Badosa Coll esta equiparación supone el desconocer la diferencia entre ambas situaciones: "promover la declaración de incapacidad" y "poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación" Dicho precepto se refiere al procedimiento de incapacitación, mientras que la autotutela se encuentra en una institución diferente y posterior que es la "delación de la tutela" o "designación del tutor". *Id.*, BADOSA COLL, F.: "La autotutela", *op. cit.*, p. 926.

En el mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, diciembre 2001, p. 941.

habrá de regularse mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear⁵⁸.

- 4) Se interpreta la autotutela como situación excepcional, de ahí que no sea admisible su generalización. Cuando los artículos 223, 224, 225 226 y 245 del Código Civil atribuyen a los padres la facultad de proponer a determinadas personas para el cargo de tutor es por la consideración fundamental de que, siendo los representantes legales por excelencia de su hijo menor o incapaz, estarán en la más adecuada situación para conocer quién puede atenderles y cuidarles de la forma más idónea en atención a su grado de incapacidad. No cabe, en consecuencia, apreciar analogía entre esta situación en la que se encuentran los padres y las facultades de otra persona, porque ha sido la propia Ley la que no los ha extendido a otros supuestos.
- 5) La posibilidad de autorregulación en materia de incapacitación es muy limitada, al tratarse de normas que participan del orden público.

Con todo, aunque, hubo un mal planteamiento de la materia tanto por parte de los detractores como de los defensores, pues se produjo una confusión al vincularse la “incapacitación voluntaria” a la autotutela, la conclusión del debate parlamentario, en palabras del profesor Badosa fue de “no hostilidad de principio a la autotutela”; y si bien existe “un actual rechazo del Código civil tanto de la autotutela como de la incapacitación voluntaria”, ello no excluye “que ambas mantengan plenamente fuerza como proyectos de política legislativa”⁵⁹.

⁵⁸ Intervención de la Senadora socialista Sauquillo Pérez en la Sesión Plenaria número 28 del Senado, celebrada el miércoles 21 de septiembre de 1983 (Diario de Sesiones del Senado), p. 2871.

⁵⁹ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 903 y 923.

En idéntico sentido se expresa el senador del Grupo Popular Zapatero González cuando afirma que “nada hay en el debate que nos haga pensar que fue voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta, antes bien el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro derecho positivo obedece a razones de prudencia legislativa”. *Vid.*, ZAPATERO GONZÁLEZ, R.:

Pese a no ser regulada en la Ley reformadora de la tutela, de nuevo es la doctrina la que a través de varios destacados trabajos insiste en la necesidad y validez de la figura, exponiendo como argumentos *a favor* de la misma los siguientes:

- 1) La amplísima definición de las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil, que determina el paso de una visión “esencialista” de la capacidad de obrar “en sí misma” a la visión “instrumental” en función de la capacidad natural⁶⁰.
- 2) La aplicación analógica del artículo 223 del citado cuerpo legal a esta materia, pues no se trata de crear un sistema de tutela nueva, no admitida por el ordenamiento.
- 3) La falta de obstáculos derivados de la institución tutelar, que no impiden considerar al “autotutor” como un representante voluntario, y más cuando la incapacitación desaparece como causa extintiva del mandato⁶¹.
- 4) En relación con la autotutela negativa el beneficio del incapacitado (artículos 224, 233 y 234.2 del Código Civil) y la doctrina extraída por analogía del artículo 245 del mismo Código.
- 5) La no captación de la voluntad, pues su otorgamiento tiene lugar cuando la persona está en posesión de sus plenas facultades mentales, es decir, está plenamente capacitado. En ese momento, la “causa” de incapacidad es “un *evento hipotético o ‘contemplado’* que se integra en el negocio de autotutela sólo como una condición suspensiva, junto con la declaración de incapacitación”⁶².

“Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 123/1983”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985-2, T. 259, p. 76.

⁶⁰ “Esta ‘instrumentalidad’ de la capacidad de obrar no se concilia con que la legitimación para la ‘designación’ de tutores se limite a los padres, la ley y el Juez, dejando al margen al propio interesado”. *Vid.*, BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 924.

⁶¹ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 925.

⁶² BADOSA COLL, F.: *Últ. Lug. Cit.*

- 6) El principio de tutela de autoridad no se vería vulnerado. No se le impone nada al Juez. El interesado no se autoincapacita, sino que solicita al Juez, que en caso de incapacitación, además de los factores y circunstancias que tiene en cuenta para proceder al nombramiento del tutor, tenga como principal opción, si es que existe documento en que se acredite la misma, la opinión del propio incapacitado.

En consecuencia, a la hora de organizar la tutela, aunque corresponda en última instancia, la designación y el nombramiento al juez, se debe tener en cuenta por éste, a la hora de tomar su decisión, el esquema de ordenación que le suministra el propio interesado, elaborado conforme a sus necesidades y circunstancias tanto personales como patrimoniales⁶³.

Son de reseñar los estudios, algunos ya citados, de los notarios José María Gómez Oliveros, Ana Victoria García-Granero, que hace votos “para que en el Derecho común pronto tengamos una regulación de la autotutela”⁶⁴, Carpio González⁶⁵, Pérez Sauquillo⁶⁶, Prada Guaita⁶⁷, Romeo Candau⁶⁸, quien estima la utilidad de la autotutela, siempre que se combine con poderes generales para períodos de capacidad; rechazando en paralelo la incapacitación voluntaria, entre otros. También hay que citar los comentarios a la última reforma de 1983 de la tutela con la participación

⁶³ GARCÍA GRANERO, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, enero 1998, p. 209.

⁶⁴ GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁵ CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela en Derecho español: La Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio”, *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 190, diciembre 1996, pp. 2809-2826.

⁶⁶ PÉREZ SAUQUILLO, M.: “Reflexiones sobre la reforma de tutela llevada a cabo por la Ley 24 de octubre de 1983”, *Revista de Derecho Notarial*, CXXIII, enero-marzo 1984, p. 446.

⁶⁷ DE PRADA GUAITA, C.: “Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, febrero 1995, vol. IX, p. 187.

⁶⁸ ROMEO CANDAU, P.: “Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, mayo 1994, vol. VIII, p. 447.

del profesor Rogel Vide⁶⁹ y del profesor Gil Rodríguez⁷⁰, y los trabajos de los profesores Puig I Ferriol y Roca Trías, de Emelina Dávila Huertas⁷¹; de Lucía García García⁷², que aborda el papel de la autonomía de la voluntad del interesado en la autotutela; del Notario Castillo Tamarit, que se muestra partidario de esta figura, al no haber prohibición expresa⁷³; y de forma muy valiosa, la colaboración en el Libro Homenaje al profesor Lacruz, del tantas veces citado profesor Badosa Coll⁷⁴, en la que se realiza un análisis pormenorizado y muy ilustrativo de las discusiones parlamentarias expuestas en la tramitación de la Ley; así como la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de las Palmas el 31 de enero de 2000 por el Notario de Barcelona Miguel-Ángel Campo Güerri⁷⁵. Igualmente, la referencia que el profesor Castán Vázquez dedica a la autotutela muy recientemente y precisamente también en una interesante y sugestiva conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁷⁶; y el tratamiento específico y exhaustivo que sobre aquélla, en sendos artículos, llevan a cabo los profesores Pérez de Var-

⁶⁹ ROGEL VIDE, C.: “Comentario al artículo 223 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, vol. I, Madrid 1991, p. 698.

⁷⁰ GIL RODRÍGUEZ, J.: “Comentario al artículo 234 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia*, vol. I, Madrid 1991, p. 317, quien, acertadamente, en el momento en que este comentario tiene lugar, señala que el juez podrá tener en cuenta “las previsiones que el propio tutelando hubiese podido instrumentar antes de ser incapacitado. No se trata de restituir a la denominada ‘autotutela’ el rango que el propio legislador conscientemente le negó, sino de enriquecer la perspectiva del juez de cara a una recta valoración de la idoneidad, en su caso, del llamado por otras vías y facilitar, si procede, la identificación del tutor (dativo) más idóneo (art. 235)”. En un sentido parecido, VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, p. 52, nota 59.

⁷¹ DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 227, abril 2000, pp. 1309-1332.

⁷² GARCÍA GARCÍA, L.: “Marco jurídico de la esfera mental: incapacitación e internamiento”, Edit. Revista General del Derecho, Valencia 2000, p. 108.

⁷³ CASTILLO TAMARIT, J. V.: “Tutela, autotutela y protección de menores”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39, julio-septiembre 2001, p. 41.

⁷⁴ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 903 a 931.

⁷⁵ CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacitación”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio 2000, pp. 9-29.

⁷⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a.: “La tercera edad y el derecho”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 31, Madrid 2001, pp. 339-360.

gas⁷⁷ y Vaquer Aloy⁷⁸. En la doctrina extranjera destaca la aportación de los notarios argentinos Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns⁷⁹. Todo un movimiento doctrinal simpatizante con la figura de la autotutela.

Ahora bien, igualmente, son numerosos los eventos favorables a esta figura. En la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz, México, el Tema III tenía por objeto “las Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, cuyo ponente español fue el Registrador de la Propiedad y Notario de Madrid Juan José Rivas Martínez, donde razona ampliamente la posición favorable de la autodelación de la tutela; en agosto de 1999 en Santander en la UIMP la ponencia presentada por M. A. Martínez García sobre “Apoderamientos preventivos y autotutela”, en el Seminario sobre “La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, en el que se hizo la presentación de la Fundación *Aequitas*, promovida por el Notariado español⁸⁰; la ponencia del Notario de Valladolid Fernández-Prida Migota sobre la “Autotutela” y la posibilidad de establecer una tutela diferente en el Código Civil en el I Congreso Regional sobre la Protección Jurídica del Discapacitado celebrado en Castilla y León en 2003⁸¹, entre otros.

En este contexto favorable, paralelamente, tenía lugar la primera formulación legal de la autotutela en España, en concreto en Cataluña. Es la contenida en el artículo 5 de la ley 11/1996, de 29 de julio, que modificó la Ley 39/1991, de 30 de diciembre de la Tutela e Instituciones

⁷⁷ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 2001, pp. 937-974.

⁷⁸ VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *La Ley*, núm. 5961, martes 24 de febrero de 2004, pp. 1-5.

⁷⁹ TAIANA, Nelly A. y ROGELIO LLORENS, Luis: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 5 y ss.

⁸⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, M. A.: “Apoderamientos preventivos y autotutela”, en la *Protección Jurídica de Discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. la Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Civitas, 1999, pp. 115 a 148.

⁸¹ FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOTA, Fco.: “La autotutela”, en la *Protección Jurídica del Discapacitado. I Congreso Regional*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2003, pp. 58-83.

Tutelares. La Ley Catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, contiene hoy un Título VII, “La Tutela y demás instituciones tutelares”, cuyo Capítulo II regula “La delación de la tutela” y en su Sección 1ª lleva por rúbrica “La delación voluntaria”. El artículo 172 se refiere a las delaciones hechas por uno mismo, en los siguientes términos: “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 establecerse 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*”⁸².

Para una regulación en el Derecho común español, tenemos que esperar a la citada Ley 41/2003, que destaca en primer lugar la regulación de la autotutela, es decir la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad, designando a quien será su tutor, o excluyendo a determinadas personas del cargo. Facultad de la que expresamente se dispone en el artículo 223 del Código Civil al darle una nueva redacción: “Los padres podrán en testamento o documento público notarial

⁸² Con relación a esta admisión expresa de la autotutela en Cataluña, Ferrer i Riba estima que se “ha abierto una nueva dimensión a la autonomía privada, desconocida en la legislación civil española y de muchos países europeos”. Vid., FERRER I RIBA, J.: “Les institucions tutelars en el Codi de Família (I)”, en la *Revista Jurídica “La Lley de Catalunya”*, núm. 239, de 18 de enero de 1999, p. 1.

nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

Como, asimismo, al posibilitar en el párrafo primero del artículo 234, al que se dota, igualmente, de nueva redacción, que: *“Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2º. Al cónyuge que conviva con el tutelado; 3º. A los padres; 4º. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad; 5º. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”.*

El reconocimiento del juego de la autonomía de la voluntad dentro del sistema actual de tutela de autoridad que se posibilita con esta reforma, si bien supone la culminación de una demanda constante en la doctrina, no alcanza, sin embargo, todo el ámbito que sería deseable, pues la modificación parcial del artículo 234 no ha alterado la fórmula *“se preferirá”* del inciso inicial, ni tampoco el párrafo segundo del mismo, de acuerdo con lo cual el juez puede, excepcionalmente y en resolución motivada, prescindir de las personas designadas para ocupar el cargo —incluidas las dispuestas por el autotutelado—, si el beneficio de éste así lo exige.

Con posterioridad a esta regulación estatal, es de nuevo un legislador autonómico el que ofrece una regulación de esta institución. Así, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia⁸³, dedica el Título III, De la autotutela, artículos 42 a 45 a aquélla.

Y, en ese mismo año, otra vez el legislador estatal, si bien simplemente a título enunciativo, al referirse a todos

⁸³ BOE, núm. 191, 11 de agosto de 2006, pp. 30.073-30.100.

los derechos que las personas en situación de dependencia pueden disfrutar, la Ley 39/2006 de la Dependencia, en los términos ya expuestos, hace referencia en su artículo 4.2.f) a la autotutela.

Ahora bien, lo escueto de la regulación estatal, a diferencia de lo que acontece en el Código Civil catalán y en la Ley de Derecho Civil de Galicia, va a exigir que para un estudio adecuado y completo de la figura, debamos acudir en algunos extremos a dichas regulaciones autonómicas, como a la que el Código Civil dedica a la tutela testamentaria, contando con la doctrina que en torno a los mismos se ha desarrollado. No olvidemos que, antes de la formulación legal, en la práctica, aquélla se valía de la aplicación analógica precisamente con relación a aquellos preceptos que admitían el juego de la autonomía de la voluntad en la institución tutelar (artículos 164, 223 y 227 del Código Civil —atribución de bienes a los incapacitados, estableciendo un régimen de administración específico para los mismos—).

Junto a esta regulación de la autotutela, igualmente demandada, debe señalarse la reforma del artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de reconocer legitimación al presunto incapaz para instar su propia incapacitación judicial.

Resulta, finalmente, significativo apuntar en este *ex-cursus* evolutivo de la institución de la autotutela, no sólo el hecho de que en la mayoría de los Manuales universitarios, tras la reforma, se empiece a incorporar en su contenido un tratamiento de esta institución⁸⁴, sino que, incluso, antes de tener lugar la actual regulación, una mención a la materia de la autotutela se llevó a cabo por los profesores Díez-Picazo y Gullón en su Sistema de Derecho Civil en la décima edición⁸⁵.

⁸⁴ Vid., entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, T. I Parte General, y Derecho de la persona*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 148, 149, y 243; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, T. I, Parte General*, 5ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2004, p. 297.

⁸⁵ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 245, donde dedican un epígrafe, hasta

3. CONCEPTO

Fue el citado Diego Crehuet del Amo quien primero planteó en España la posibilidad de que una persona organice su tutela en previsión de su futura incapacidad. Y definió lo que él denominaba como tutela fiduciaria como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad. Es, pues, la designación de tutor de sí mismo, hecho por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”⁸⁶. En 1997, en el ya citado “*Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*”, se conceptúa, asimismo, la autotutela como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad”⁸⁷.

Por su parte, sobre la base de los numerosos estudios doctrinales sobre la materia, García-Granero Colomer señala que aquélla representa “la facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente”⁸⁸. Badosa Coll la define como “legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación”⁸⁹. Para Dávila Huertas es “aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona física, en previsión de ser declarada incapaz, nombra, en escritura pública y para que actúen de forma conjunta y sucesiva, con retribución o sin ella, a una o varias personas dignas de su confianza, para el cargo de tutor y, en su caso, para integrar los órganos tutelares que constituya en

ahora inexistente en otras ediciones, titulado La declaración de incapacitación promovida por el propio incapacitado.

⁸⁶ CREHUET DEL AMO, D. M^º: “La tutela fiduciaria”, *Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sesión del día 23 de mayo de 1921*, Madrid 1921, p. 9.

⁸⁷ *Vid.*, “Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela”, elaborado por los profesores DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLA y CAFFARENA, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁸ GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 200

⁸⁹ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 903.

dicho acto”⁹⁰. Para Rivas Martínez supone “la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado, antes de haber incidido en incapacidad”⁹¹. Y Martínez-Piñeiro la considera como “la institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”⁹². La doctrina mayoritaria coincide con estas definiciones descriptivas en destacar la necesidad de otorgamiento por parte de un mayor de edad capaz con el objetivo de configurar su tutela, nombrando su tutor, ante la posibilidad de ser incapacitado en el futuro. Desde esta perspectiva, tal legitimación sólo se centra en lo que se denomina la autotutela positiva, sin incluir la negativa.

En atención, precisamente, a ese tratamiento parcial de la materia, sin obviar el mismo, se ofrece una conceptualización en la que se integren ambas modalidades de autotutela, Pérez de Vargas prefiere definirla como “la facultad de que goza una persona para designar a su propio tutor, o para excluir a alguien de tal cargo, en previsión de su eventual incapacitación”⁹³. En este mismo sentido, al estudiar la autotutela en la legislación catalana, Garrido Melero⁹⁴ la conceptúa como “la posibilidad de que cualquiera, en previsión del caso de que pueda ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública los organismos tutelares que estime oportuno, así como excluir a determinadas personas en dichos cargos”⁹⁵.

⁹⁰ DÁVILA HUERTAS, E., “Autotutela”, *op. cit.*, p. 1311.

⁹¹ O también, “la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela en contemplación de una eventual incapacitación”. *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacitación”, *op. cit.*, p. 156.

⁹² MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, octubre-diciembre de 2006, p. 173.

⁹³ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, p. 944.

⁹⁴ GARRIDO MELERO, M.: “La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad del padre y la madre, y la tutela en Cataluña”, en *La Notaria*, Colegio de Notarios de Barcelona, 1997, p. 21.

⁹⁵ En la misma línea, de los dos autores expuestos, CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la ley Catalana

Sin duda, esta forma de proceder por parte de algunos autores a la hora de delimitar la figura de la autotutela resulta más adecuada al ofrecer una visión más completa de las opciones que ofrece a quien, siendo mayor de edad y capaz, decide regular de la forma cómo considere más oportuna su futura guarda, designando al efecto quien quiere que sea su tutor o, simplemente, excluir a quienes no deben integrar dicho cargo. Coincide esta forma de proceder, con la que disponen los padres con relación a la designación en testamento o en documento público para la tutela de sus hijos.

Frente a este *excursus* de definiciones doctrinales, la Ley 41/2003 omite cualquier conceptualización legal de esta institución en su articulado; de la misma forma que lo hace el legislador autonómico en el Código de Familia catalán y en la Ley del Derecho Civil de Galicia, pues, pese a ofrecerse en ambas normativas un tratamiento legal más amplio de la materia, tampoco la definen.

No obstante, a diferencia de estos últimos textos, el legislador estatal da, en cambio, una conceptualización de la autotutela en la propia Exposición de Motivos, apartado VI de la Ley 41/2003, considerando aquella como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación”, lo que puede ser especialmente importante, añade, en el caso de enfermedades degenerativas.

11/1996, de 29 de julio”, en el *Boletín de Información de la Academia Granadina de Notariado*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 189, noviembre 1996, p. 2811 define la autotutela como “la posibilidad de que una persona mayor de edad para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)”. También, Romeo Candau cuando de forma concisa se refiere a la misma como “posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien de tal cargo”. *Vid.*, ROMEO CANDAU, P.: “Posibilidad de auto-previsión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad”, en *Academia Sevillana del Notariado*, T. VIII, Edersa, Madrid, 1995, p. 457.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813). Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez en su *Fundamento de Derecho segundo* señala que: “La autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente”.

4. DIFERENTES DENOMINACIONES

En el Derecho español se debe la creación del término autotutela y su paternidad al mencionado Abogado del Estado y Notario don Eloy Sánchez Torres, quien precisa: “valga este nuevo vocablo como manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”⁹⁶, que también aceptan, entre otros, Rodríguez Arias⁹⁷, Ana Victoria García-Granero⁹⁸ y el profesor Pérez de Vargas, quien considera sinónimos los términos “autotutela” y “autodelación de la tutela”⁹⁹.

Igualmente, es el término, junto a su sentido limitado al nombramiento presente de tutor por el eventual tutelado para el caso de futura incapacitación, como indica Badosa Coll, el que hizo en su momento fortuna tanto en el Congreso como en el Senado con ocasión de la discusión parlamentaria de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela, tal como se ha constatado en líneas precedentes¹⁰⁰; y es, asimismo, al que hace referencia la Ley 41/2003 en su Exposición de Motivos¹⁰¹.

Recuerda el profesor Carlos Lasarte que “los autores más modernos, en vez de hablar de *defensa privada*, prefieren utilizar la expresión *autotutela de los derechos subjetivos* para referirse a aquellos supuestos o medios de reacción

⁹⁶ SÁNCHEZ TORRES, E.: “Una nueva modalidad tutelar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, p. 347.

⁹⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *La tutela*, Editorial Bosch, Barcelona 1954, p. 118.

⁹⁸ GARCÍA-GRANERO, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁹ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, p. 939.

¹⁰⁰ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 910.

En el Congreso el primero en utilizarlo fue el diputado del Grupo Popular Navarrete Merino en respuesta al diputado de ese mismo Grupo Manuel García Amigo (Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, Sesión del día 18 de mayo de 1983, p. 2683; y Sesión Plenaria núm. 39 del Congreso de los Diputados del día 24 de mayo de 1983, p. 2776). En el Senado, fue utilizado por los senadores Reigada Montoto del Grupo Popular y Sauquillo Pérez del Grupo Socialista (ambos en Sesión Plenaria del Senado, el día 21 de septiembre de 1983, pp. 2871 y 2872); y éste último y el senador Portabella i Rafolls del Grupo Mixto (en Sesión Plenaria del Senado del día 22 de septiembre de 1983, p. 2886).

¹⁰¹ Apartado VI de la Exposición de Motivos.

que el titular de tales derechos puede poner en ejecución por sí mismo, sin impetrar el auxilio de la autoridad judicial”. Y continúa: si bien “es cierto que en el Derecho penal la autotutela ha sido barrida, con toda justicia, de los ordenamientos contemporáneos, lo cierto es que en el ámbito estrictamente jurídico-privado, que es el que a nosotros nos interesa, parece haber renacido como manifestación más del incremento de la autonomía privada y de la autosatisfacción de los intereses de las personas particulares”¹⁰².

No obstante, sobre la base de esa confusión terminológica en torno a lo que representa la autotutela de los derechos o la defensa privada apuntada, con la institución objeto de análisis, como precisa el profesor Castán Vázquez, con buen criterio, tal expresión terminológica resulta “‘ciertamente inexacta’, pues no se trata de que nadie se tutele a sí mismo, sino de que una persona todavía capaz prevea su futura incapacidad y en previsión de ella deniegue a su propio tutor o asegure posibilidades que le parezcan convenientes para su futura protección jurídica”¹⁰³.

Si bien, no faltan otras expresiones en la doctrina para denominar esta figura, de nuevo Diego Crehuet en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, más preocupado en la introducción de la figura en nuestro Derecho y en la configuración de su diseño, que por su denominación, optó por la expresión tutela fiduciaria¹⁰⁴, que, como el mismo indica “equivale a confianza” y aunque, añade, “este sentimiento debe inspirar la designación del tutor en todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en que se defiera el futuro o posible tutelado”¹⁰⁵.

¹⁰² LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰³ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La tercera edad y el Derecho”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 31, Madrid 2001, p. 353.

¹⁰⁴ “A las clases o formas testamentaria, legítima y dativa (...), paréceme que en el terreno de los principios puede agregarse uno más que merece ser tenido en cuenta en el Código cuando se efectúe su reforma y esa nueva clase la llamo —y su nombre es el tema del enunciado de este trabajo— ‘la tutela fiduciaria’”. *Id.*, CREHUET DEL AMO, D.: “La tutela fiduciaria”, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁰⁵ CREHUET DEL AMO, D.: “La tutela fiduciaria”, *op. cit.*, pp. 10-11, nota 1, con lo que se rechazan otras denominaciones que el propio autor indica, por ser

Por su parte, el profesor García Amigo, precisamente, en el seno de los debates parlamentarios para la aprobación de la citada Ley 13/1983, en la Comisión de Justicia e Interior, vino a distinguir entre “autotutela” como la posibilidad de incapacitación a pedir por el futuro tutelado (“autoincapacitación o incapacitación voluntaria”); y “autodelación de la tutela”, como la facultad de proponer uno mismo la persona que deba ser el tutor, para el caso de que sea incapacitado¹⁰⁶. Se inclinó por esta última expresión por considerarla más apropiada y más precisa que otras, ya que la autoría hace referencia al nombramiento o delación y no a la protección propiamente dicha. Se trata de una delación voluntaria, que llega a excluir la aplicación de la legal, de la misma manera que, en materia sucesoria, la voluntad expresada en testamento excluye la aplicación de la sucesión dispuesta por la ley. Y ésta resulta ser también la opinión del Notario Juan José Rivas Martínez¹⁰⁷, que encuentra acertada esta expresión, para lo que se conoce vulgarmente como autotutela; y la de Romeo Candau, que, igualmente, se muestra partidario del término “autodelación” para referirse a la “autotutela”¹⁰⁸.

El Notario Durán Corsanego, sin perder de vista esta última terminología, opta, no obstante, en su Tesis doctoral por añadir a todas las expuestas otra expresión, autorregu-

menos expresivas y más fácilmente inductoras a confusión, como la tutela voluntaria, mandataria, contractual.

Señala Rodríguez Arias Bustamante que aunque en Roma se empleó la denominación de tutela fiduciaria “para denotar la que correspondía al hijo del emancipante, según describió la ‘Instituta’, ello hoy no es óbice para darle este nuevo significado, por las razones siguientes: 1ª. Porque aquélla es una institución que murió para no resucitar; 2ª. Porque dicha calificación encaja primorosamente en el fundamento de esta clase de potestad deferida, que, cual en la institución de los fideicomisos, es irremplazable, y 3ª. Porque del mismo modo hoy la expresión ‘arras’, se utiliza para dos conceptos distintos, en el de parte anticipada del precio en la compraventa y en el de donación nupcial especial, bastando saber, a fin de no incurrir en confusión, con qué acto se la relaciona”. *Vid.*, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *La tutela*, Bosch, Barcelona 1954, p. 119.

¹⁰⁶ Comisión de Justicia e Interior. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. II Legislatura, año 1983, núm. 29, sesión celebrada el miércoles 18 de mayo de 1983, p. 2682.

¹⁰⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁸ ROMEO CANDAU, P.: “Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad”, *op. cit.*, pp. 458 y 460.

lación de la tutela. Señala, al respecto, que “si tenemos en cuenta que, además del nombramiento, se reconoce en quien designa tutor la posibilidad de establecer la reglamentación de la tutela para sí mismo, parece ser más exacta la expresión autorregulación de la tutela”. Aunque, como luego precisa, “es posible la delación de la autotutela o autodelación de la tutela, sin necesidad de regulación alguna: cabe la disposición autotutelar que se limita al nombramiento del tutor, remitiendo la normativa de la misma al derecho dispositivo, como supletorio de la voluntad individual”¹⁰⁹.

De todas las formas de denominación expuestas, y en consonancia con lo que representa en nuestro Derecho la delación de la tutela, resulta más adecuada la expresión “autodelación de la tutela”, pues, como un supuesto de delación voluntaria, se une a las otras formas de delación: testamentaria, legal y dativa. Tradicionalmente, se denomina delación de la tutela al acto de llamar a las personas que van a desempeñar algún cargo en la misma. Así, para el profesor Lete del Río se llama delación de la tutela “al llamamiento efectivo de una persona para el cargo de tutor”¹¹⁰. La delación supone, por tanto, el efectivo llamamiento de determinadas personas para que ocupen el cargo que le corresponde en el organismo tutelar. En atención a ello, cuando uno mismo designa a una o varias personas para que sean tutor de uno mismo, el emplear el término autotutela crea cierta confusión, pues no estamos ante la tutela por uno mismo, sino por un tercero elegido personalmente por el futuro tutelado, siendo preferible el término “autodelación”. Si bien, en este supuesto como en otros, no sólo es necesario para su constitución el llamamiento y aceptación del cargo por quien se ha designado como tutor, sino su efectivo nombramiento cuando recaiga la correspondiente resolución judicial, pues tanto éste, como la constitución de la tutela, e, incluso, el dar posesión del cargo al tutor, corresponde al juez.

¹⁰⁹ DURÁN CORSANEGO, E.: “La autorregulación de la tutela”, Tesis Doctoral presentada en diciembre 2003 en la Universidad Complutense de Madrid, p. 86.

¹¹⁰ LETE DEL RÍO, J. M.: “Nombramiento de tutor”, *Actualidad Civil*, 1999-2, p. 403.

No obstante, hemos de precisar que, aunque la terminología más apropiada sea la autodelación, no impide que fruto del empleo del término autotutela por la mayoría, al final cedamos a lo que se ha convertido en un uso indebido del término y empleemos a lo largo de nuestra exposición dicha expresión.

5. MODALIDADES

La regulación de la nueva figura comprende tanto la llamada autotutela activa o positiva, es decir, la posibilidad de que cualquier persona, en previsión de que pueda ser declarada incapaz, designe en escritura pública los organismos tutelares que estime oportunos; como la negativa o pasiva, o sea, la exclusión por idéntico conducto de determinadas personas para dichos cargos. Fue Rodríguez Arias Bustamante quien por primera vez introdujo dicha distinción en la configuración de la figura de la autotutela, y, con relación a su modalidad negativa, precisó que la admisibilidad de la misma operaría sin forzar precepto alguno de nuestra legislación, porque constituye el ejercicio de una facultad potestativa por parte de la persona individual que no está en contradicción con el carácter social de la tutela en cuanto ésta tiene como finalidad fundamental la protección de la persona e intereses del incapaz¹¹¹.

No se prevé de forma expresa el contenido negativo de la delación de la tutela —*autotutela negativa*— en nuestro Código Civil, aunque es posible admitirla mediante una interpretación sistemática de los artículos 223.2 y 245 del mismo¹¹², a diferencia del inciso final del artículo 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, donde sí se dispone expresamente como contenido de la escritura pública en la que se contienen las previsiones para el caso de una even-

¹¹¹ RODRÍGUEZ ARIAS, L.: “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *op. cit.*, p. 352.

¹¹² *Vid.*, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho Civil común”, *op. cit.*, p. 188. Por su parte, CASTILLO TAMARIT, V. J.: “Tutela, autotutela, protección de menores”, *op. cit.*, pp. 42-43, dispone que no resulta admisible que el juez nombrara tutor a quien ha sido excluido por el tutelado.

tual incapacitación, la exclusión de determinadas personas para el ejercicio del cargo de tutor, sin designar a la vez la concreta persona que ha de desempeñar el cargo.

6. FUNDAMENTO

Un enfermo con una demencia progresiva de tipo alzheimer o parkinson, que puede determinar su incapacidad, sigue siendo persona, aun teniendo lugar ésta, y debe ser tratado con respeto a su dignidad. Lo que se traduce en su libertad individual para la toma de decisiones sobre su persona y patrimonio, antes de llegar al estadio final de su demencia. Una libertad que determina una capacidad de pensar y decidir de forma independiente.

Hay que considerar, por tanto, esencial, el derecho de cada ser humano a optar libre y personalmente, en tanto sea capaz, cómo se desea sobrellevar el último tramo de su existencia. Se busca ante todo el bienestar de aquellas personas que se convierten en un ser dependiente de otros, en todos los sentidos del término dependencia, posibilitando que en la medida en que se pueda dar adecuado cumplimiento, se consideren vinculantes la expresión de sus deseos, solicitudes y propuestas sobre el cuidado y asistencia personal, como en lo relativo a la gestión de su patrimonio.

Sobre tales bases, que bien pueden constituir el sustrato moral de la autotutela, descansa lo que representa para el sentir mayoritario de la doctrina, el fundamento de la figura, de la legitimación para designar tutor o para excluir a determinadas personas de dicho cargo, precisamente, un respeto a la autonomía del individuo, a su autoterminación, a lo que, en esencia, supone la facultad de autorregulación que el ordenamiento jurídico reconoce a todo mayor de edad (artículo 323 del Código Civil), siendo plenamente capaz, si bien proyectada al momento en que esa capacidad llegue a faltar¹¹³. Se trata de extender, como

¹¹³ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela...”, *op. cit.*, p. 945; RIVAS MARTÍNEZ, J.: “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 195; GARCÍA GRANERO, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, p. 209; MARTÍNEZ GARCÍA, M.

señala Badosa Coll, aquella legitimación no sólo al presente, sino al futuro, proyectando la legitimación “actual” a una situación futura¹¹⁴. Concluyendo Taiana de Brandi y Lloréns que “si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte por testamento ¿cómo no admitir que lo pueda hacer para cuando aún esté en este mundo, sigue siendo persona y sólo está imposibilitado de obrar por sí —incapacidad de hecho—?”¹¹⁵.

Ahora bien, esta libertad del ser humano para autorregularse, supone en palabras de Sánchez Torres “la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”¹¹⁶.

A.: “Reflexiones sobre la autotutela y los llamados ‘Apoderamientos Preventivos’”, *La Notaria*, núm. 2, febrero 2000, p. 50; MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, pp. 175-176, quien, además, añade que este fundamento de la autotutela es coincidente con el de las instrucciones previas, también denominadas voluntades anticipadas.

En la VIII Jornada Notarial Iberoamericana, ya mencionada, celebrada en México en febrero 1998, en la segunda de las conclusiones del Tema III dedicado al estudio de las “*Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*”, se manifestaba en este mismo sentido, cuando se afirmaba: “*La autoprotección nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de autonomía de la voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino deben dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales*”.

Y, asimismo, en el Preámbulo del Código de Familia catalán en el apartado II dedicado a los Principios de la presente Ley, tras proclamar el respeto por el principio de la autonomía de la voluntad, que se evidencia con el mantenimiento de la libertad de pacto en la elección del régimen económico matrimonial, determina que: “*En este mismo marco del respecto a la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacidad*”.

¹¹⁴ BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 923.

¹¹⁵ TALANA DE BRANDI Y LLORÉNS: “Disposiciones y estipulaciones”, *op. cit.*, p. 6; Id: “El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, *Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, República Argentina*, año CII, julio-septiembre 1999, p. 22.

¹¹⁶ SÁNCHEZ TORRES, E.: “Una nueva modalidad tutelar...”, *op. cit.*, p. 348, quien, sobre tal afirmación, añade que “si algún precedente general merece citarse a título de ejemplo de analogía, valgan las herencias a favor del alma. Su titular pasivo, causalmente, es el mismo sujeto disponente a través de otros fiduciarios, jurídicos y a la par fideicomisarios económicos, obrantes a título de gestor. Nombrar heredera al alma es, para una creyente, verter en sí mismo el contenido económico de una transmisión; y si la beneficencia, la enseñanza, la amortización heredan, lo hacen reflejamente, no por causa, sino por obligado fin ya que el alma, como ente incorporeal, desconocido, cierra sus puertas, ante su construcción netamente espiritual, a todo lo que sean resultados jurídicos mate-

En este contexto, aún constituyendo el principio de autonomía del individuo el fundamento de la figura, resulta esencial, como modalidad tutelar que es, su configuración, en cualquiera de sus tipos, bajo el principio del beneficio o interés del incapacitado, principio aludido en los artículos 224, 233, y muy especialmente, en el artículo 234, párrafo 2 del Código Civil¹¹⁷; lo que determina que la falta de aquél puede facultar al Juez para prescindir de la autodesignación en el ejercicio de la tutela realizado por el propio individuo, que va a ser sometido a tutela.

No obstante, sobre la base de tal fundamentación, antes de la reforma por Ley 41/2003, la ausencia de regulación legal en el Código Civil, supuso la necesidad de positivizar aquélla bajo el argumento analógico, ya iniciado con la Real Orden de 1924, y, en consecuencia, aplicar, por un lado, a la autotutela positiva el artículo 223, que permite a los padres establecer con cierta amplitud el contenido de la tutela de sus hijos menores e incapacitados, además de nombrarles tutor. Si esta facultad resulta atribuida a los padres, ¿cómo no va a tener el autotutelando, cuando menores, la propia capacidad en relación con la tutela?¹¹⁸. Quien mejor que uno mismo para saber cómo autoprote-

riales; y cede al empleo lo que ella, como especie de mano muerta, no puede disponer, usar ni volver a transmitir.

Tal acto, cuya legalidad hoy nadie niega, es, pues, una faceta de los derechos sobre la propia persona. Otra parecida lo es el acto de autotutelarse. El fundamento es idéntico. La filosofía de sus fines análoga”.

En el mismo sentido, durante la discusión parlamentario de la Ley de 24 de octubre de 1983 se expresa el diputado del Grupo Popular Duran Corsenego cuando hizo notar que la autotutela “representa una manifestación del principio constitucional de los derechos de la persona, porque el acto de exteriorizar la voluntad, reflejándola sobre sí es una faceta de los derechos de la propia persona amparada por la Constitución”. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 1983, II Legislatura, núm. 39. Sesión Plenaria, celebrada el martes, 24 de mayo de 1983, p. 2775.

¹¹⁷ GARCÍA GRANERO, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, p. 201; BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 930-931.

¹¹⁸ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 946; SÁNCHEZ TORRES, E.: “Una nueva modalidad tutelar...”, *op. cit.*, p. 349, quien precisa: “Antes que el fenómeno del cariño o del afecto (tutela testamentaria), y antes, naturalmente, que otros más distanciados sentimientos, expresos o presuntos (tutela legítima y dativa), se tarifen, el propio cariño, más egoísta, más previsor, más humano, debe gozar, entre nosotros, de un atributo que a nadie daña y a muchos puede favorecer”.

gerse, y para saber quien es la persona más adecuada para representarle y cuidarle en su incapacidad¹¹⁹. Y, por otro, a la autotutela negativa, el artículo 244.2º también del citado cuerpo legal, que inhabilita para ser tutores de una persona a quienes “tuvieran enemistad manifiesta con ella”, y el artículo 245 del mencionado Código, que permite, asimismo, a los padres excluir de la tutela de sus hijos a determinadas personas que han sido expresamente vetadas por ellos. Si pueden vetar los padres, ¿por qué no pueden —con mayor razón y conocimiento de causa— hacerlo los propios interesados?¹²⁰.

En fin, no quisiera finalizar este apartado sin poner de manifiesto que, resultando claramente establecido que esta autodeterminación de la persona que se desea como tutor, o la exclusión de las que no se quiere para tal cargo, tal como hemos manifestado, constituye la base sobre la que se sustenta el fundamento de esta modalidad tutelar, también, con respecto, a la autotutela positiva que, aquella autodesignación descansa sobre una confianza, que es la que inspira al autotutelando en la elección de una determinada persona para ocupar el cargo de tutor; y en las motivaciones de afectividad, de comunicación y de relación que le unen con aquél; que le proporcionan una tranquilidad para el caso de ser incapacitado, en lo que va a ser la responsabilidad del cuidado de su persona y la gestión de su patrimonio.

7. NATURALEZA

Una configuración adecuada de lo que representa esta institución, para algunos autores, descansaría en el gran parecido de la misma con el mandato y con el testamento. Así, Crehuet del Amo, y con referencia al acto por el que

¹¹⁹ GARCÍA GRANERO, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, p. 207.

En contra del argumento analógico, ROMEO CANDAU, P. A.: “Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva...”, *op. cit.*, p. 459.

¹²⁰ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 947.

se defiere la tutela fiduciaria, señala que “no es contractual ni bilateral, sino extraordinario y de extremo parecido con el testamento”, por lo que no es sino “una comisión o mandato *sui generis* que, en cuanto tal, no se extinguiría, a tenor del artículo 1732 del Código, por la declaración de loco, demente o imbécil del mandante (...)”. Un mandato *tutelar*, en fin, “con cuya denominación quedan expresados su objeto, extensión y efectos en cuanto comisión y representación, o más adecuado por su similitud al testamento, su calificación como un *cuasi-testamento*”¹²¹. Por otra parte, en esta misma línea, considerándolo como un acto cuya legalidad resulta difícil de negar, la autotutela, a juicio de Sánchez Torres, encajaría “en el grupo de actos *inter vivos o mortis causa*, que no tiene obligado matiz económico, pese al lema de Fioretti, sobre el contenido, necesariamente monetario, del Derecho civil”. Y añade que “el mandato y la propia comisión amplía la esfera de las delaciones en que se apoya y descansa; el que por antonomasia es el fundamental de los órganos tuitivos civiles”¹²².

A una posible semejanza entre esta institución y el albacerazgo se refiere Rodríguez Arias en base “al respeto que merece en ambos siempre la voluntad del designante por lo que se refiere a la salvaguarda y destino de sus intereses”; como, asimismo, a una similitud entre esta tutela y la herencia a favor del alma¹²³, no viendo inconveniente en la línea indicada, en que, por un lado, “la designación del tutor pueda hacerse por actos *inter vivos*, mediante lo que pudiéramos calificar de mandato tutelar, que no sería contractual, sino unilateral”; y, por otro, que “por sus grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor, se le pudiera denominar también ‘*cuasi-testamento*’”¹²⁴.

¹²¹ CREHUET DEL AMO, D.: “La tutela fiduciaria”, *op. cit.*, pp. 19, 26, 28, 29 y 30.

¹²² SÁNCHEZ TORRES, E.: “Una nueva modalidad tutelar”, *op. cit.*, pp. 348-349.

¹²³ Ya mencionamos, como SÁNCHEZ TORRES, E.: “Una nueva modalidad tutelar”, *op. cit.*, p. 348, consideraba la herencia a favor del alma como un precedente de la institución tutelar que representa la autotutela.

¹²⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: “La tutela”, *op. cit.*, pp. 118, 121 y 122.

No obstante, el configurar un organismo tutelar que provea el cuidado y guarda de una persona, así como su patrimonio, para después de que esa persona deje de ser capaz y antes de su muerte, a través del nombramiento del tutor o exclusión de determinadas personas para ocupar tal cargo, y la fijación de su contenido dentro de los límites marcados por las normas de derecho imperativo que configuran la institución de la tutela, una equiparación precisamente al testamento, no resulta acertada desde que éste se articula como “un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todo o parte de los bienes” (artículo 657 del Código Civil). De buscar una posible equiparación, en todo caso, sería la del apoderamiento o la del mandato representativo, que, tras la reforma del artículo 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003, permite su subsistencia aún “por la incapacitación sobrevinida del mandante” si en el mismo se dispone su continuación, o “se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante”¹²⁵. Tal apoderamiento participa de alguno de los caracteres que se atribuyen, como veremos, a la autotutela, como su carácter unilateral y recepticio, a la par que participa, asimismo, de su naturaleza negocial. El nombramiento de tutor basado en la confianza, así como la configuración del contenido de la autotutela, si bien respetando los límites marcados por la imperatividad de las normas que sustentan parte de la materia de la tutela, se asimila, en cierta forma, a lo que constituye un apoderamiento, y la designación de un apoderado; siendo más completa dicha asimilación, quizá por la mayor flexibilidad que ofrece su regulación en el desarrollo de la institución, la que proporciona el Código de Familia catalán, más cercana, sin duda, a una tutela de familia. No obstante, en principio, esta voluntariedad en la determinación de la representación, de quien se quiere que sea el que cuide en el futuro, cuando se esté imposibilitado para ello, de la persona de uno mismo y gestione su patrimonio, se transfor-

¹²⁵ En similares términos, si bien con anterioridad de la reforma, BADOSA COLL, F.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 925.

ma en representación legal, desde el momento en que se constituye la tutela y se nombra judicialmente la persona del tutor. Si bien, la base voluntaria sobre la que descansa este nombramiento no se pierde, sino simplemente se le dota de naturaleza legal, a una determinación voluntaria anticipada en el tiempo en previsión de una futura situación de incapacidad. En esta línea, la aceptación de un mandato irrevocable supone un importante soporte en la propia configuración de la autotutela. Y, asimismo, la designación de un apoderado preventivo no impide su determinación para que sea nombrado como tutor, en el supuesto de sentencia de incapacitación y la no subsistencia de aquél.

Si bien, en este contexto, y sobre la base de tales planteamientos, existe una coincidencia doctrinal mayoritaria, a nuestro entender acertada, que defiende, de igual forma que para el apoderamiento en los términos expuestos, su sustancia negocial, y, en consecuencia, su calificación como negocio jurídico de derecho de familia, unilateral, no recepticio, no condicionable ni sujeto a término¹²⁶. Se trata de “una declaración de voluntad dirigida a la creación y modificación de una relación jurídica”¹²⁷. No olvidemos que, aparte de otros elementos, la esencia del negocio jurídico está constituida precisamente por la declaración de voluntad del sujeto o sujetos intervinientes en el mismo¹²⁸.

¹²⁶ CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela en el derecho español”, *op. cit.*, p. 2812; DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 1312, si bien, considera aplicable en cuando fuese compatible a este negocio, las disposiciones de la representación o el albaceazgo (p. 1313); PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 944, quien precisa que “se trata de una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos: la creación o modificación de una relación jurídica”; GARCÍA GRANERO, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, p. 200, la califica como “la facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente”.

Por su parte, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, p. 173, lo califica de institución *cuasi* familiar que el Derecho regula como un medio para suplir el vacío o la carencia que dejan las familias.

¹²⁷ PÉREZ DE VARGAS, J.: *Últ. Lug. Cit.*

¹²⁸ GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, traducción española de F. Blasco y L. Prats, Valencia 1992, p. 27.

No obstante, esta especial configuración viene determinada en su alcance por el máximo respeto a lo que, de orden público hay en materia de incapacidad y tutela, y al hecho que la autonomía de la voluntad pueda resultar aquí “limitada por un interés superior al meramente individual: primero el familiar, y, en último término, el interés social”¹²⁹. Estamos en un campo, no olvidemos, donde existe un predominio de normas imperativas y donde, tras la reforma por Ley de 13/1983, la transformación del sistema tutelar en tutela de autoridad ha privado de cierta operatividad precisamente a aquella autonomía de la voluntad; aunque se ha visto de nuevo un tanto reforzada tras la reforma operada por Ley 41/2003.

8. CARACTERES

Sobre la base de tal configuración como negocio jurídico de Derecho familia, podemos señalar los siguientes caracteres de elaboración, prácticamente doctrinal¹³⁰:

El negocio jurídico podría definirse siguiendo a nuestra mejor doctrina, como una declaración de voluntad o un acuerdo de voluntades con el que se pretende alcanzar un fin, que el Derecho considera merecedor de su protección, reconociendo para ello plena eficacia a aquella declaración o a aquel acuerdo. Esta definición la ofrece Rodrigo Bercovitz, quien continúa diciendo, “ello implica que la declaración de voluntad o el acuerdo de voluntades se transforma en regla vinculante para los particulares que declararon o consintieron en ley entre las partes (arts. 1091 y 1255 C.c.)”. *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Madrid 1996, p. 181.

Esa misma definición tiene su antecedente en otras importantes como la del profesor De Castro: “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. *Vid.*, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, ed. Facsimil, Madrid 1985, p. 34.

¹²⁹ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 944.

¹³⁰ *Vid.*, el tratamiento de los mismos llevado a cabo por DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 1312-1313; PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular en nuestro Derecho”, *op. cit.*, pp. 959-960; JIMÉNEZ CLAR, A. J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivo”, en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados*, coordinador D. Manuel Ángel RUEDA PÉREZ, IVEN-CGNE, Valencia 2005, pp. 130-131; BELLO JANEIRO, D.: “Autotutela e incapacitación voluntaria”, en *La Tutela de las personas mayores*, coordinadores Domingo BELLO JANEIRO y Carlos MALUQUER DE MOTES I BERNET, Editorial Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2004, p. 40; del mismo autor, “Autotutela e incapacitación voluntaria”, en *Protección jurídica*

- 1º. *Unilateral*: la declaración negocial procede de una sola persona, el otorgante, siendo suficiente su sola voluntad para entender perfeccionado el negocio¹³¹. Este sujeto es el único que puede disponer, de acuerdo con el dogma de la autonomía privada, de su propia esfera jurídica. La designación del tutor para uno mismo, por tanto, se impondrá sin necesidad de aceptación del llamado a ser tutor¹³². Aquella declaración de voluntad gana sustantividad e independencia sin necesidad de ser recibida por un especial destinatario¹³³.
- 2º. *Recepticio*. Se dirige a uno o más llamados a ocupar el cargo de tutor, resultando esencial su aceptación para la producción de efectos. Es necesario, por tanto, la notificación a aquellos de la declaración de voluntad, para que adquiera conocimiento de la misma¹³⁴. Y, por supuesto, tal declaración de voluntad es, igualmente, necesaria para que pro-

patrimonial de las personas con discapacidad, La Ley, Madrid, 2007, p. 44; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "La autotutela en el Derecho Civil común", *op. cit.*, p. 174; BUSTO LAGO, J. M.: "La autotutela y la situación de ausencia no declarada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia", *Actualidad Civil*, número 6, mayo 2007, pp. 999-1000.

¹³¹ PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", *op. cit.*, p. 944; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "La voluntad unilateral como fuente de obligaciones", *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1978, p. 63; si bien, respecto a la designación por los padres de tutores para sus hijos, ROGEL VIDE C.: "Comentario al artículo 223 del Código Civil", *op. cit.*, p. 698, señala que "la designación de un tutor es también un negocio jurídico de derecho de familia, en cuanto implica una manifestación unilateral de voluntad y no recepticia, protegida por el ordenamiento jurídico".

¹³² RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L.: "La tutela", *op. cit.*, p. 121; GARCÍA GRANERO, A. V.: "La autotutela en el Derecho común español", *op. cit.*, p. 211, para quien "la comparecencia del llamado a ser tutor no es necesaria ni conveniente". *Vid.*, asimismo, artículo 223.2 del Código Civil "*cualquier persona ... podrá*"; y, artículo 42.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

¹³³ RIVAS MARTÍNEZ, J.: "Disposiciones y estipulaciones...", *op. cit.*, p. 225.

¹³⁴ PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", *op. cit.*, p. 944; BELLO JANEIRO, D.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", en *La tutela de las personas mayores*, *op. cit.*, p. 40; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "La autotutela en el Derecho civil común", *Foro Galego. Revista Xurídica*, núm. 195, primer semestre de 2006, p. 138; BARREIRO PEREIRA, X. A.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, julio-septiembre de 2005, p. 84.

duzca efectos que se dé a conocer a la autoridad judicial¹³⁵.

- 3º. *Personalísimo*. Como la generalidad de los negocios de Derecho de Familia, sólo la persona titular de este derecho puede ejercitar el mismo, sobre la base de la confianza, el afecto que le merece la persona o personas que designe como tutor o tutores, sin que pueda hacerlo por medio de representante como regla general, frente a lo que sucede en los negocios de Derecho patrimonial¹³⁶. No se admite delegación en tercera persona, quebrando, no obstante, esta nota en el artículo 43 de la Ley de Derecho civil de Galicia, al posibilitar que la facultad de elección del tutor se pueda delegar en el cónyuge o

Por su parte, ROGEL VIDE, C.: *Últ. Lug. Cit.*, niega la necesidad de tal carácter, si bien, como hemos mencionado, en la situación similar que es la de designación por los padres de tutor para sus hijos menores.

En el mismo sentido, pero para la autotutela, niegan la naturaleza recepticia, BUSTO LAGO, J. M.: "La autotutela y la situación de ausencia no declarada...", *op. cit.*, p. 999, argumentando al respecto que "el carácter no recepticio es propio de los negocios de Derecho de Familia, y de los negocios con eficacia *mortis causa*, cuya eficacia no se deriva de la notificación o comunicación de la declaración de la voluntad negocial a otra persona, por más que, en el momento en que actúa la misma, la propia estructura del negocio determine la necesidad de conocimiento por el sujeto a favor del que se dispuso. Se trata de una declaración de voluntad cuya eficacia no exige que sea encaminada a nadie, perfeccionándose sin necesidad de que llegue a conocimiento de su destinatario, pretendidamente el designado para el ejercicio del cargo tutelar".

¹³⁵ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "La autotutela en el Derecho civil común", *op. cit.*, p. 174.

¹³⁶ Aún siendo la regla general su sustanciación en la doctrina, esta característica aparece recogida expresamente en el artículo 197 del Código de Familia de Cataluña. *Vid.*, PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela", *op. cit.*, p. 944, nota 31.

Por su parte, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: "La autotutela en el Derecho Civil común", *op. cit.*, p. 174, señala que "el artículo 223 del Código Civil establece que *'cualquier persona... podrá... adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona...'*, lo que nos conduce a los llamados derechos de la personalidad y su intransmisibilidad".

Sin embargo, matiza JIMÉNEZ CLAR, A. J.: "La autotutela y los apoderamientos preventivos", *op. cit.*, p. 130, que "sí parece posible la designación de un representante que atienda el cumplimiento de las disposiciones previamente establecidas para la autotutela, sin perjuicio de las facultades decisorias que corresponden al Juez. En este caso, la función del representante tendrá una naturaleza muy cercana a la del albacea testamentario. Su oficio tendrá carácter temporal, que será el período de constitución de la tutela, y cesará en sus funciones una vez comience la actuación del tutor". Y, añade "Asimismo, se puede designar a un representante que promueva la incapacitación del otorgante".

en otra persona especialmente determinada a estos efectos¹³⁷.

- 4º. *Inter vivos*. La producción de efectos y, por ende, la eficacia de la declaración de voluntad emitida por el titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo, no con su muerte; si bien, dicha eficacia quedará en suspenso hasta que tenga lugar la declaración de incapacidad de aquél¹³⁸.
- 5º. *Gratuito*, por regla general, si bien cabe que se fije una retribución y el contenido de la misma.
- 6º. *Solemne*. Sometido para su validez a la observancia de determinadas formalidades legales, en concreto, y así pondremos de manifiesto la necesidad de plasmación en escritura pública¹³⁹.
- 7º. *Revocable*. Como ocurre en las disposiciones testamentarias, la declaración de voluntad emitida por el propio interesado puede ser modificada tantas veces como resulte necesario¹⁴⁰. Si bien dicha revocación tendrá lugar mientras subsista la situación de capacidad plena de aquél y no se haya iniciado el proceso de incapacitación¹⁴¹. En el caso de que

¹³⁷ Dispone el artículo 43 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: “*La persona interesada podrá también delegar en su cónyuge u otra persona, la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en la escritura pública*”.

¹³⁸ CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado”, *op. cit.*, p. 22.

Tratándose de delación testamentaria, estaríamos, sin embargo, ante una especie *híbrida o mixta*. Al respecto, dice García Cantero que “nos hallaríamos ante una declaración de voluntad *inter vivos* destinada a producir efectos *post mortem* del disponente”. *Vid.*, GARCÍA CANTERO, G.: “Los principios de la normativa de la tutela”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio 1985, p. 96.

De este mismo parecer es Rivas Martínez al decir que en el caso de autodelación testamentaria podemos distinguir los siguientes periodos: el primero que va desde el otorgamiento hasta la muerte de su autor; y el segundo, que nace con el fallecimiento del testador. *Vid.*, RIVAS MARTÍNEZ, J.: “Disposiciones y estimulaciones...”, *op. cit.*, p. 231.

¹³⁹ *Vid.*, artículo 223 del Código Civil: documento público; artículo 172 del Código de Familia Catalán: escritura pública; y el artículo 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: escritura pública.

¹⁴⁰ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 944.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *La tutela*, *op. cit.*, 121, aunque hace referencia al término renovación, más que al de revocación, señala en su estudio “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *op. cit.*, p. 350, que

una persona haya hecho varias designaciones, prevalece la posterior —solución expresamente prevista en el artículo 172.1 del Código de Familia catalán, que se omite, sin embargo, en el artículo 223 del Código Civil—¹⁴².

- 8º. *Principal*. Con sustantividad propia, sin necesidad de dependencia de ningún otro para su validez y eficacia.
- 9º. *Familiar*. Se trata, como hemos indicado en líneas precedentes, de un negocio jurídico de familia, con contenido no sólo personal, sino también patrimonial¹⁴³.
- 10º. *Típico*. Institución con regulación propia recientemente en los artículos 223 y 234 del Código Civil.

9. RÉGIMEN JURÍDICO

9.1. ELEMENTOS PERSONALES

En la relación jurídica que conforma la autotutela, hemos de referirnos a la persona que puede ser tutor y a la que puede nombrarlo (autotutelando).

Con relación al primero, la persona del tutor apenas suscita problemas que no se encuentren resueltos en la teoría general de la tutela.

El artículo 241 exige no sólo una capacidad de obrar plena para desempeñar el cargo de tutor, sino también

en caso de admitirse la delación voluntaria de la tutela, el negocio debía ser revocable en *interin*, mientras no se iniciare el procedimiento sobre la capacidad de la persona y ello a causa del carácter mudable de la voluntad humana hasta la muerte.

¹⁴² Similar solución, añade BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada...”, *op. cit.*, p. 1000, ha de aplicarse en el caso de que una persona haya realizado sucesivas delaciones con cláusulas incompatibles entre ellas.

¹⁴³ Lete del Río dispone que este carácter “le imprime una peculiar configuración, en cuanto que la autonomía de la voluntad encuentra su límite en un interés superior, cual es el de la familia, y, en definitiva, el de la sociedad. No admite determinaciones accesorias de la voluntad y la condición o el término se tendrán por no puestos”. *Vid.*, LETE DEL RÍO, J. M.: “Comentario al artículo 223 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo García*, T. IV, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1985, p. 263.

una conducta irreprochable, unas “condiciones de moralidad y rectitud acreditadas” debido a la trascendencia social de que están investidas las funciones tutelares. Quedan, por tanto, excluidos, sobre la base de la exigencia de plena capacidad de obrar, los menores, incluso los emancipados, y los incapacitados o declarados pródigos, lo cual es natural, pues, “en otro caso, se solaparían las tutelas o la tutela y curatela”¹⁴⁴.

Este precepto citado viene, luego, especificado en artículos posteriores —en los artículos 243 y 244—, donde se establece una lista cerrada de circunstancias que imposibilitan, a quien las padece, para ser tutor y que no pueden ser alteradas por voluntad de los particulares; en concreto, las que representan el mandato de una norma de *ius cogens*. Completados ambos preceptos con lo dispuesto en el artículo 245, que excluye de este ejercicio a los rechazados por el padre o la madre en testamento o en otro documento público notarial; y con el hecho de que “las causas de los artículos 243.4 y 244.4 del Código Civil no deban tener vigencia en el caso de autotutela, si, al tiempo de la designación del tutor, el autotutelando las conocía, pero, a pesar de ello, vino a instituir en el cargo al que se encontraba incurso en ellas, dejando a salvo, claro está, la posibilidad de que, en su momento, el Juez determine lo contrario, en interés del autotutelando (por analogía, artículo 246 Código Civil)”¹⁴⁵.

Por regla general puede ser tutor una persona física, sobre la base del artículo 236, que consagra en nuestro Código la tutela unipersonal; si bien en tal precepto, a continuación enumera importantes excepciones, que determinan la figura de la tutela real junto a la personal y la posibilidad de una pluralidad de tutores.

Aún siendo el tutor un órgano normalmente individual, no impide que puedan ser tutores algunas personas jurídi-

¹⁴⁴ RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil de Lacruz Berdejo J. L., T.IV Familia*, Dykinson, Madrid 2002, p. 451; SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís: “El nuevo régimen de la familia”, *III Tutela e Instituciones afines*, Madrid 1985, p. 93.

¹⁴⁵ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 953.

cas, según el artículo 242: “podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de los menores e incapacitados”. Con lo que se viene a ampliar la ya extensa capacidad que se atribuye a las personas jurídicas, en un ámbito del que han estado excepcionalmente excluidas, dotándole de la misma capacidad que corresponde a las personas físicas¹⁴⁶. Como advierte Ferrara, “se engañan quienes creen que la capacidad de las personas jurídicas se agota en la actividad patrimonial, porque hay otras relaciones de naturaleza personal, como los derechos de la personalidad, que, sin obstáculos, pueden competir a los entes ideales”; y, añade, “abrazar el campo de las personas jurídicas es recorrer el mismo terreno pisado por las personas físicas”¹⁴⁷, salvo aquellos límites impuestos por su particular naturaleza¹⁴⁸.

Constituye, sin duda, una de las más sobresalientes novedades que introdujo la Reforma por Ley 13/1983, como puso de relieve el Ministro de Justicia en la presentación del texto del dictamen de la Comisión de Justicia ante el Pleno del Congreso¹⁴⁹. No obstante, esta posibilidad ya había sido apuntada con ocasión del ya mencionado Primer Proyecto de Reforma del equipo dirigido por el Profesor Luis Díez-Picazo en 1977, que en su artículo 246 proponía deferir a un establecimiento público o institución la tutela de quien se encontrara recogido en el mismo. Iba, esencialmente, dirigido a todas las asociaciones de asistencia y atención que tan meritoria labor realizan con los deficientes psíquicos. La Comisión General de Codificación tomó como base el citado Proyecto y aceptando su propuesta, en el Proyecto de Ley de 24 de junio de 1981 durante la I Le-

¹⁴⁶ Así se dispone de forma expresa en el artículo 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en la que se podrá designar en escritura pública “la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor”.

¹⁴⁷ FERRARA, F.: *Teoría de las personas jurídicas*, traducida de la 2ª edición italiana por E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid 1929, pp. 781 y 798.

¹⁴⁸ MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 43.

¹⁴⁹ BOCG. Congreso de los Diputados. II Legislatura, 24 de mayo de 1983, Sesión Plenaria núm. 39, p. 2751.

gislatura, limitó el artículo 242 a “las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa”, haciendo referencia en el artículo 251, como causa de excusa de las personas jurídicas en relación con el desempeño de la tutela al fin social de la protección de menores e incapacitados. En la II Legislatura, teniendo presente los materiales ya tratados en la Legislatura anterior, se inician de nuevo los trabajos para proseguir la reforma, y el artículo 242 aparece con la redacción definitiva que ofrece hoy en el Código Civil. Y así fue recogida la novedad en la Ley 13/1983. No prosperó, sin embargo, la idea de que pudieran ser tutores, “previa autorización judicial”, los directivos de dichas personas jurídicas, ni las que persigan objetivos afines¹⁵⁰.

¹⁵⁰ ZAPATERO GONZÁLEZ, R.: “Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983...”, *op. cit.*, pp. 77-78.

El diputado Durán Corsanego en el debate de enmiendas argumentaba a favor de dicha idea sobre la base de que es preciso “personalizar la relación tutelar y hacer tutor a una persona jurídica es establecer un vínculo afectivo entre un ser de carne y hueso como es el tutelado y un ente abstracto como es una persona jurídica”; propone que “en el otro término de la relación tutelar, fuera también una persona física. La tutela de las personas jurídicas, en su origen de tipo social o de instituciones benéficas, estaba justificado cuando faltaba el vínculo tutelar, pero confiar a una persona, sin más, una tutela, es diluir no solamente unas atribuciones, unas funciones, sino también una eventual responsabilidad. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de que una persona jurídica contraiga matrimonio o adopte. Por otra parte, no se ve la razón por la que, en cambio, la tutela se puede confiar esto”. Código Civil (Reformas 1978-1983), *Trabajos parlamentarios*, T. III, edición dirigida por D. Fernando Santaolalla, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 2781.

El Grupo Popular, al que pertenecía el citado Diputado, propuso en el Congreso mediante la enmienda núm. 66 que fueran tutores, previa autorización judicial, precisamente los directivos de las personas jurídicas y dicha enmienda decía así “*también podrán ser tutores, previa autorización judicial, los directivos de las personas jurídicas, legalmente reconocidas, que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*”. Su justificación se basaba en que “se consideraba que la redacción original creadora de la extraña figura de la tutela ejercida por personas jurídicas, no debe subsistir puesto que esta institución protectora exige una responsabilidad personalizada.

Mas como se desconoce la importancia de las funciones asistenciales que pueden prestar a la sociedad determinadas entidades privadas, se atribuye a los directivos de estas personas jurídicas, análogamente a lo que ocurre con los directores de los establecimientos públicos, la posibilidad de ejercer estas funciones tutelares, imponiendo algunos controles públicos, tales como la previa autorización judicial y el reconocimiento legal de la entidad”. Código Civil (Reformas 1978-1983), *Trabajos parlamentarios*. Enmiendas, *op. cit.*, p. 2749.

De igual modo, la enmienda núm. 137 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso proponía su supresión, a la vista de la problemática ya tratada en la enmienda núm. 132, en la que se dotaba de una nueva redacción al artículo 229 *bis* que quedaba redactado del siguiente modo: “También estarán obligados a

Ahora bien, algunos autores como Sancho Rebullida¹⁵¹, al que siguen Lete del Río¹⁵², Bercovitz¹⁵³ y Pérez de Vargas¹⁵⁴, señalan que los requisitos exigidos por el artículo 242 restringen mucho la hipótesis; de ahí que la exigencia de que figure entre los fines de la persona jurídica la protección de menores e incapacitados deberá interpretarse con cierta laxitud, pues, en otro caso, “serían muy pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores entre las actualmente constituidas. Por analogía, podrán ser designadas tutores aquéllas que, por ejemplo, cuenten entre sus fines estatutarios la profilaxis y recuperación de la salud mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc.”¹⁵⁵.

Sobre la base de tales argumentos, en lo que existe coincidencia es en considerar que serían inhábiles o no podrían ser tutoras, aquellas personas en que no exista ausencia de ánimo de lucro, quedando, en consecuencia, excluidas las sociedades civiles (artículo 1665 Código Civil,

promover la constitución de la tutela en los mismos términos señalados en el artículo anterior los directores de los establecimientos públicos en que se encuentran acogidos o protegidos menores susceptibles de ser sometidos a tutela, y los representantes de las personas jurídicas privadas sin finalidad lucrativa y cuyo objeto sea el acogimiento o protección de menores e incapacitados”. La motivación de tal enmienda se centraba en que “la propuesta que se hace en el proyecto fundamentalmente en los artículos 239, 242 y 253, parece más conveniente modificarla, para evitar una automaticidad que puede no ser conveniente en algunos casos; por otra parte, no parece lógico que personas jurídicas y no personas físicas puedan ser tutores”. Código Civil (Reformas 1978-1983), *Trabajos parlamentarios*. Enmiendas, *op. cit.*, pp. 2621 y 2622.

Se insiste también en el Senado, con la enmienda núm. 20 del Grupo Popular, con el mismo argumento de personalizar la tutela en los directivos de las personas jurídicas, de modo análogo a lo que se hace con los directores en los establecimientos públicos; sin embargo, en ninguna de las dos instancias parlamentarias prosperó.

¹⁵¹ SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asis: “Elementos de Derecho Civil”, de LA CRUZ BERDEJO J. L.: *T. IV Derecho de Familia*, vol. 2º, 3ª ed., Bosch, Barcelona 1989, pp. 292-293.

¹⁵² LETE DEL RÍO, J. M.: “Comentario al artículo 242 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, p. 323.

¹⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 242 del Código Civil”, en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 362.

¹⁵⁴ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 953.

¹⁵⁵ *Vid.*, asimismo, en este sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *op. cit.*, pp. 175-176.

que habla del “ánimo de partir entre sí las ganancias”); y las mercantiles (artículo 116 Código de Comercio, que se refiere al “ánimo de lucro”)¹⁵⁶. Luego, podrían ser tutores *las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley* (artículo 35.1 Código Civil)¹⁵⁷. Más dudas plantean, sin embargo, las cooperativas. La diversidad de orientaciones doctrinales se decanta por la idea de que en la cooperación existe un lucro, dado los beneficios que los socios pretenden obtener; si bien hay que matizar que es distinto en su desarrollo del perseguido por las sociedades clásicas. No obstante, en esta línea, se puede afirmar, asimismo, la importante función social que aquéllas cumplen¹⁵⁸.

Tampoco serían hábiles aquellas personas entre cuyos fines no figure la protección de menores e incapacitados. Así, para tutelar a los incapacitados no lo serían, si tienen como objeto específico sólo la tutela de menores y viceversa, o cuando limiten su objeto de protección y tutela a los que se hallen en una determinada circunscripción territorial, o si como cláusula se contiene solo la tutela de la persona de cualquier menor o incapacitado y no se extiende a la administración o gestión de su patrimonio —en este

¹⁵⁶ La generalidad de la doctrina mercantilista al dar una definición de la sociedad mercantil incluye como característica ineludible y connatural a la misma el fin lucrativo. *Vid.*, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho mercantil*, vol. I, Jaén 1977, p. 554; VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 2ª ed., T. I, Barcelona, 1986, pp. 185, 188 y 189; ROJO, A.: “La sociedad anónima como problema”, *Revista de Derecho Mercantil*, enero-junio 1998, p. 33.

¹⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 242 del Código Civil”, en *Comentario a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 361-363, no obstante, apunta que no ha sido muy acertado excluir de la tutela de los bienes, a entidades lucrativas especializadas en administrar bienes, pues, en muchos casos, serán las más eficaces. La existencia de un patrimonio especial en sí contenido requerirá el nombramiento como tutor de persona o personas con especiales conocimientos técnicos o acreditada experiencia, que justificaría el nombramiento a favor de este tipo de entidades (p. 363).

Si bien, como matiza Muñiz Espada, “nada impide que atribuida la tutela, incluida la tutela de los bienes, a una persona jurídica de las que refiere el artículo 242 luego, encargue la administración a alguna de las entidades, dedicadas profesionalmente a la administración de patrimonios como auxiliares de aquélla”. *Vid.*, MUÑIZ ESPADA E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículos 242 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 362.

caso, sería necesario nombrar otro tutor para los bienes del pupilo—.

Manifiesta García Cantero, en este sentido, que “entre sus fines específicos debe figurar los de protección de menores e incapacitados y ello (...), de manera expresa (...) sin que basten fines genéricos de carácter educativo o asistencial”¹⁵⁹; y sobre la base de la aceptación de este argumento, apunta Muñiz Espada que las “personas verdaderamente interesadas en realizar esta labor no tienen más que modificar sus estatutos e incluir este fin entre los que ya tuviera con anterioridad, sin que este trámite comporte ninguna dilación excesiva que impida incorporarse con prontitud al ejercicio de estas funciones”¹⁶⁰.

A tales causas de inhabilidad *per se*, habría que añadir las causas de inhabilidad fijadas en los artículos 243 y 244, si bien, pensadas más para un tutor persona física, que para un tutor persona jurídica¹⁶¹.

En este contexto, de conformidad con el contenido del citado artículo 242, para que una persona jurídica pueda ejercer la tutela, considera el profesor Castán Tobeñas necesarios los siguientes requisitos: 1º. Que se trate de persona jurídica válidamente constituida y legalmente reconocida en España; 2º. Que no tenga finalidad lucrativa; lo que excluye la tutela de las sociedades civiles y mercantiles; y admite a las asociaciones, corporaciones y fundaciones; y 3º. Que entre sus fines conste la protección de menores e incapacitados¹⁶².

A los que deberían añadirse, el que vayan acompañados de una buena estructura, y de medios materiales y personales adecuados para llevar a cabo esta labor, pues no tiene sentido nombrar a aquella persona jurídica en la que se

¹⁵⁹ GARCÍA CANTERO, G.: “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, p. 486

¹⁶⁰ MUÑIZ ESPADA, E.: “Las personas jurídico-privadas tutoras”, *op. cit.*, p. 80.

¹⁶¹ Sobre tales causas y su aplicabilidad a las personas jurídicas, *vid.*, MUÑIZ ESPADA, E.: “Las personas jurídico-privadas tutoras”, *op. cit.*, pp. 25-28.

¹⁶² CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: “La reforma de las instituciones tutelares”, Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Actos conmemorativos del 50º aniversario del Ilustre Colegio (1934-1984)*, Madrid, 1984, p. 52.

prevé razonablemente que en breve se excusará por falta de medios para desarrollar las funciones que le asignaron.

La no observancia de los requisitos exigidos por el mencionado artículo 242, conviene apuntar, no sólo priva a la persona jurídica de la posibilidad de ocupar el cargo de tutor, sino que, conforme a la Ley 41/2003, le impide, asimismo, la posibilidad de ser administradores de los patrimonios que se constituyan a favor de personas discapacitadas de conformidad con lo que dispone el artículo 5.5 de la citada Ley.

Entienden, no obstante, Gómez Oliveros y Lete del Río que dicho precepto y, en consecuencia, tales requisitos, se refería únicamente, por contraposición con el 239, a las personas jurídicas no dependientes del Estado¹⁶³; Bercovitz Rodríguez-Cano, sin embargo, entendió que el texto del artículo 242, por el contrario, no las excluía (no persiguen lucro alguno), y que, precisamente, son las que frecuentemente se encuentran al cuidado de menores e incapacitados, a través de la función asistencial del Estado (artículos 39, 41, 43, 49 y 50 CE); por lo que las Administraciones Públicas con personalidad jurídica (central, autonómica, local, institucional), podrían ser las principales destinatarias de este artículo¹⁶⁴.

Resultan, en este sentido, indicativas en relación con el tema que nos ocupa, las afirmaciones vertidas por el fiscal Fábrega Ruíz, quien pone de manifiesto que “puede ser interesante un mayor fomento de las personas jurídicas tutoras, como solución a muchos de los problemas que la tutela suele plantearse, pues, en el campo de los seniles la iniciativa privada derivada de asociaciones familiares es prácticamente nula, frente a la muy asentada en el campo de las deficiencias y la iniciada en el campo de la enfermedad mental. La intervención de las personas jurídico-públicas todavía resulta de mayor importancia; así merece destacarse la experiencia de la Agencia Madrileña de Tu-

¹⁶³ Citados por RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ BERDEJO, J. L.: T. IV *Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 445.

¹⁶⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 242 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 361.

telas¹⁶⁵, de la que de los expedientes realizados por la misma un 51,9% afectan a personas de más de 60 años”. Y, añade el autor que, precisamente, “el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe de 1998, incita a las administraciones públicas y, en concreto, a las CC.AA. a constituir entidades tutelares que cubran el vacío existente, dando una respuesta en aquellos casos que las redes familiares no son capaces de solventar”. A todo esto hay que posibilitar, asimismo, “el apoyo y fomento a las Fundaciones Privadas dedicadas a estas actividades por los medios —subvenciones, beneficios fiscales, permitirles recibir donaciones y herencias de sus pupilos con los mecanismos de garantía que se estime convenientes, etc.— jurídicos y económicos más convenientes”¹⁶⁶.

Ahora bien, además de las personas jurídicas privadas y públicas, se debe incluir también en el artículo 242, aquellas entidades eclesiásticas católicas en las que concurren los requisitos que exige este precepto. El artículo 5 del Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado el día 4 de diciembre del mismo año, en su primer párrafo prescribe que “*la Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial. Las Instituciones de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada*”. El Estado, en plena coherencia y como consecuencia de la atribución de personali-

¹⁶⁵ Creada por Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Comunidad de Madrid (BOCM 28 de marzo de 1995, *Corrección de errores BOCM* 12 de abril de 1995), en cuyo artículo 4 contempla como fines de la misma, entre otros, “*el ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente*” y “*la asunción, en su caso, de la defensa judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid sobre los que haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal de presuntos incapaces en situación de desamparo*”.

¹⁶⁶ FÁBREGA RUÍZ, C. Fco.: *Protección jurídica de la tercera edad*, Colex, Madrid, 2000, pp. 84-85.

dad a la Iglesia Católica en el artículo 1. 4º, primer párrafo de tal Acuerdo, le reconoce autonomía de organización y de funcionamiento y, por lo tanto, para crear cuantos entes estime necesarios para el adecuado cumplimiento de sus fines¹⁶⁷.

En la designación de un tutor a una persona jurídica privado o pública¹⁶⁸, procede integrar el artículo 242 con las normas contenidas en los artículos 234, 235 y 239.2, de forma que puede recaer el nombramiento en aquellas, y a los efectos que a nosotros interesa, pueden ser designadas por el propio autotutelado en el documento de autotutela. Nada impide, pues, que reconocida la posibilidad práctica de que las personas jurídicas puedan ser tutoras, se las consideren más idóneas para el desempeño de tal cargo, que una persona física. Se puede hacer una designación genérica o concretarla en una determinada fundación, asociación, que esté especializada en el tratamiento de la concreta afección de la que en el futuro va a sufrir el autotutelado. No es necesario que, al hacer la designación, la persona jurídica elegida esté todavía constituida o esté en vías de constitución, pues lo importante es que en el momento de efectuar el nombramiento por el juez ya esté funcionando¹⁶⁹. Si tal posibilidad no se llegase a producir, y habiendo sido incapacitada la persona del autotutelado

¹⁶⁷ Artículo 1.4.1º: “El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y plena capacidad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella a la entrada en vigor del presente Acuerdo”.

¹⁶⁸ MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, op. cit., pp. 100-103, quien precisa, además, que “dentro de esta autonomía organizativa que proclama el artículo 1.2) del mencionado Acuerdo puede libremente constituir: a) Entes con sólo personalidad canónica (canon 114.1) (...); b) Entes con personalidad canónica y civil: se reconoce la personalidad jurídico civil a las Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales en cuanto la tengan canónica y ésta sea notificada a los órganos competentes del Estado (...). El Estado, asimismo, reconoce de forma inmediata la personalidad jurídico-civil y la plena capacidad de obrar de aquellas Ordenes, Congregaciones e Institutos de vida consagrada y sus casas y sus provincias, así como de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas si gozasen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo (artículo 1,4) (...); c) Entes con sólo personalidad civil”.

¹⁶⁹ En este mismo sentido, MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras*, op. cit., p. 33; PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, op. cit., p. 956.

do, el Juez deberá proceder a nombrar a cualquiera de las otras personas a las que se refiere en el mencionado artículo 234, siempre que aquél no hubiese previsto en el documento de autotutela designaciones simultáneas o sucesivas, de diversas personas jurídicas de las que permite el artículo 242, o de personas físicas¹⁷⁰.

Por supuesto, como todas las designaciones, el Juez puede alterarlas, si el beneficio o interés del tutelado lo exige (artículo 235), aún en el supuesto de que aquella provenga o parta del propio tutelado en su escritura de autotutela, lo que nos lleva al problema de la vinculación o no de lo preceptuado por éste, por parte del Juez, de lo que nos ocuparemos oportunamente en otro apartado.

Aún siendo designada como tutora una persona jurídica, la aceptación del cargo se llevará a cabo por el órgano u órganos a los que en los Estatutos del ente en cuestión se les confiera tal cometido. Asimismo, el ejercicio de las funciones de guarda y protección inherentes al mismo se llevará a cabo por ciertos órganos o servicios suyos a través de un personal a su cargo, especializado, que de un modo permanente y profesional atenderá al tutelado o tutelados; o por delegados tutelares, voluntarios que se prestan a colaborar en tareas, generalmente de forma gratuita, coordinados en la mayoría de las ocasiones por un profesional, especialista en la atención de incapacitados¹⁷¹.

Ahora bien, razones de incompatibilidad de los miembros que integren los citados órganos de representación o administración con el autotutelado, derivadas de relacio-

¹⁷⁰ MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras*, op. cit., pp. 33-34; PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela", op. cit., p. 957, quien, además, plantea la posibilidad de que en este último caso, en que la persona jurídica no estuviera aún constituida, "si una vez nombrado tutor por el Juez conforme a las reglas del Código Civil, y tras venir aquél ejerciendo sus funciones, la persona jurídica designada por el interesado llega a quedar legalmente constituida". En este caso, entiende "que lo procedente sería respetar la voluntad que en su día manifestó el autotutelado y consiguientemente proceder a revocar el nombramiento inicialmente hecho por el juez, que debería, ahora efectuar un segundo nombramiento a favor de la persona jurídica designada por aquél".

¹⁷¹ GARCÍA CANTERO, G.: "El nuevo régimen de la tutela", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1984, p. 487; MUÑIZ ESPADA, E.: *Las personas jurídico-privadas tutoras*, op. cit., pp. 109, 232.

nes laborales de asalariado o contratado o de naturaleza análoga de éste con aquellos, pueden limitar el acceso de la persona jurídica al cargo de tutor¹⁷²; e, igualmente, por causas de inhabilidad contempladas en los artículos ya mencionados 243 y 244 que alcancen precisamente a las citadas personas físicas que forman parte de los órganos de representación de la persona jurídica; o viniendo a ocupar cargos de responsabilidad en la misma, pueden determinar la remoción en el cargo de la persona jurídica, aún habiendo sido ya nombrada, y habiéndose iniciado en el ejercicio del cargo¹⁷³.

No obstante, la designación de personas jurídicas tutoras, que puede realizar el autotutelando (autotutela positiva) en los términos vistos hasta ahora, no agota el contenido del negocio de autotutela, pues en el mismo se puede establecer como única una o más de las partidas que conforman aquél, el de la exclusión de las personas jurídicas al cargo de tutor (autotutela negativa). Sobre la base del artículo 223 tantas veces citado y la aplicación analógica del artículo 245 del mismo Código, se puede emplear una fórmula genérica y, por tanto, excluir a la totalidad de las personas jurídicas; o, simplemente, concretar la exclusión en una específica.

Analizada la capacidad necesaria para ser tutor, corresponde referirnos ahora a la *capacidad para nombrar tutor para sí*.

El artículo 223.2 del Código Civil señala que, en principio, “*cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente*” puede en documento notarial nombrar tutor para el evento de una futura incapacitación.

De forma que los mayores de edad en tanto que plenamente capaces estarán facultados, en principio, para designar quien haya de regir su persona y/o sus bienes.

Este es el sentir mayoritario de la doctrina, tanto antes, como después de la reforma por Ley 41/2003. Si bien,

¹⁷² DÁVILA HUERTAS, E.: “Autotutela”, *op. cit.*, p. 1319.

¹⁷³ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 956.

algunos mantienen que sólo aquellos podrán designar tutor, y, por tanto, otorgar documento de autotutela¹⁷⁴. Desde tal planteamiento, podrían realizar el negocio de autotutela los menores de edad emancipados o los que gozan del beneficio de la mayor edad. La formulación genérica del citado artículo 223 no lo aclara, pues, simplemente, se limita a exigir una suficiente capacidad de obrar para la realización de este negocio jurídico que representa la autotutela. Por su parte, el artículo 323 del mismo Cuerpo legal con relación a la capacidad de los menores emancipados precisa que la capacidad de éstos se asimila a la de los mayores, pues les habilitan “*para regir su persona y sus bienes como si fueran mayores*” —regla que debe interpretarse extensivamente con carácter general—; si bien, les impide realizar por sí solos determinados actos, para los que se exige tan sólo la asistencia de sus padres o curador. Entre tales actos no se encuentra expresamente indicado el que el menor emancipado no pueda realizar por sí solo el negocio de autotutela, sin ningún tipo de asistencia. A este argumento, habría que añadirse otra regla general relativa a las incapacidades y prohibiciones que han de ser interpretadas restrictivamente (artículo 2 LO 1/1996, de 15 de enero), de ahí que las limitaciones del artículo 323 deban ser consideradas *numerus clausus* y no susceptibles de ampliación analógica. En base a lo cual, sobre una constatada suficiente capacidad de obrar del menor emancipado, nada impediría afirmar que *delege data*, en el ámbito del derecho común, para la realización de aquél, estos menores están legitimados¹⁷⁵.

¹⁷⁴ DÁVILA HUERTAS, E.: “Autotutela”, *op. cit.*, p. 1317, quien precisa que en tanto la tutela es un caso de representación legal, “el otorgante ha de tener la capacidad de obrar más amplia, establecida en nuestro ordenamiento jurídico, que es la que otorga a los mayores de edad”. Asimismo, CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela...”, *op. cit.*, p. 2816, puntualiza ante la referencia genérica del citado artículo 223 de “cualquier persona”, y la aplicación analógica de lo dispuesto en otras instituciones que no parece que “la capacidad sea como un guante que se adapte a la mano, en este caso, a la forma. Más bien lo contrario, ya que la forma es el vehículo o instrumento de una voluntad previsible”. En consecuencia, sólo la exigencia de la mayoría de edad sería lo razonable.

¹⁷⁵ En esta línea, *vid.*, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 951-952, quien puntualiza, además, en contra de quienes razonan que sólo los mayo-

Recordemos que el propio texto legal no exige plena capacidad de obrar, sino capacidad de obrar suficiente. En el Derecho catalán, sin embargo, el artículo 172 del Código de Familia Catalán, si bien resulta aún más impreciso en su formulación, pues, simplemente se limita a señalar, sin más especificación, que “cualquier persona” puede llevar a cabo un negocio de autotutela, dicha imprecisión no impide, en principio, al menor emancipado el otorgar tal negocio de autotutela; afirmación ésta que vendría, además, reforzada por lo dispuesto en el artículo 161 de ese mismo cuerpo legal, cuando señala, esta vez sí expresamente, que “*la declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, si no hay designación de tutor por ellos mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172...*”. Lo cierto es que el complemento que supone este último precepto de lo dispuesto en el primero —por vía, además, de remisión expresa— permite concretar una formulación indeterminada *ab initio*, y, en consecuencia, el poder considerar que también en Cataluña pueden realizar válidamente el negocio de autodelación de la tutela, tanto los mayores de edad como los menores emancipados¹⁷⁶.

res de edad deben tener capacidad para realizar el negocio jurídico de la autotutela, que “cabría decir que una cosa es tener capacidad para realizar el negocio jurídico de autotutela y otra muy distinta de la capacidad necesaria —la plena capacidad (artículo 241 del C.c.; también art. 242)— para ser tutor”.

Asimismo, CORRAL GARCÍA, E.: “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho civil: en especial, el papel del notariado como garante de la capacidad de los mayores”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, abril-junio 2003, p. 34; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, p. 178; PEREÑA VICENTE, M.: “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *La Ley*, año XXVIII, núm. 6665, 6 de marzo de 2007, p. 2; BELLO JANEIRO, D.: “La autotutela e incapacitación voluntaria”, en *La tutela de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 43-44; SORIANO CAMPOS, R.: “Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica”, *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004, p. 133. Igualmente, la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 14 de junio de 2005, Fundamento de Derecho segundo.

Sin embargo, García-Granero Colomer, aún opinando que el menor emancipado debería designar tutor de sí mismo, señala que lo debería hacer asistido de sus padres o curadores (...), y a ser posible que los padres estuvieran presentes en el momento de otorgamiento. *Vid.*, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁶ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 951.

Todo lo dicho respecto a los menores emancipado es aplicable a los habilitados de edad (artículo 323 *in fine*).

Ahora bien, en este contexto, sobre la base legal citada de “capacidad de obrar suficiente” exigida para el otorgamiento de un documento de autotutela, resultarían excluidos los menores de edad no emancipados o se les podría reconocer capacidad para realizar el negocio de la autotutela. La doctrina se muestra dividida. Para Crehuet del Amo, “el menor, por la presunción de que mientras lo es no alcanza el grado de mentalidad y voluntariedad necesario, no es quien mejor puede apreciar y medir su conveniencia y, por tanto, ha de ceder a quien esto ha logrado en la facultad de nombrarle tutor, no pudiendo él deferirse la tutela por su voluntad, no cabiendo, en fin, en este caso la tutela fiduciaria”¹⁷⁷. Asimismo, Rodríguez-Arias Bustamante argumentaba sobre la base de los supuestos recogidos en el artículo 200 del Código civil que “debe rechazarse la tutela fiduciaria para los menores (núm. 1º), pues, dado el carácter público de la institución tutelar, supondría ir contra el fin de la institución, al entregar la facultad de nombrar tutor a quien se presume que no ha alcanzado la necesaria plenitud y razón de juicio y entendimiento”¹⁷⁸. En este sentido, más recientemente, para el Derecho catalán, el notario Martínez García dispone que “el elenco de suposiciones que la Ley permite en Cataluña en materia de autotutela es amplísimo, afectando tanto a la esfera patrimonial como a la simplemente personal y parece más que dudoso que el menor no emancipado tenga la capacidad suficiente para decidir acerca de cuestiones tan complejas como la organización de mecanismos de control, la distribución de funciones entre varios tutores o la

¹⁷⁷ CREHUET DEL AMO, D.: “La tutela fiduciaria”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁸ Rodríguez-Arias Bustamante, asimismo, “alterando el orden del artículo comentado y fijándose ahora en el número 3º, debe también negársele a los pródigos (...); tampoco debe conferirse por consecuencia de imposición de la pena de interdicción civil (núm. 4) (...); luego de lo dicho se desprende que sólo a los locos o dementes puede concedérseles esta facultad, siempre que lo efectúen en el momento que tengan su plena capacidad”. *Vid.*, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *op. cit.*, pp. 350-351.

administración general de su patrimonio (no puede llevarla por sí solo) o tan espinosas como decisiones acerca de su propia salud o educación”¹⁷⁹. Pese, a tales argumentos, hay quien opina que, sobre la base de una supuesta capacidad natural, en principio, atribuible a los menores de edad no emancipados, salvo para aquellos supuestos en que la Ley se la limita expresamente y que serán objeto de interpretación restrictiva, tienen capacidad para la autotutela, apuntando como razones:

- 1) Los numerosos preceptos que en el Código Civil exigen al Juez, antes de adoptar alguna medida que afecte al menor, tener en cuenta su opinión, si tiene suficiente juicio, así, antes de constituir la tutela (artículo 231 del Código Civil); o, igualmente, antes de autorizar su internamiento (artículo 211 del citado Código).
- 2) La aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 663.1º del Código Civil relativo a la capacidad para otorgar testamento notarial de los menores mayores de 14 años.
- 3) La postura hoy dominante que sostiene que el menor no es un incapaz de obrar.
- 4) Que las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que pueda hacer el mayor de edad, pues la designación de tutor por los padres y la autotutela no vincularán al juez, cuando el beneficio del tutelado exija otra cosa (artículo 224 del Código Civil).
- 5) Que los documentos de autotutela surtirán efecto una vez que el menor alcance la mayoría de edad, y, por tanto, su subsistencia, desde el otorgamiento, sin haber sido revocadas o modificadas, supone su ratificación; y,
- 6) En fin, teniendo presente el hecho de que estos menores pueden nombrar tutores en testamento para

¹⁷⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, M. A.: “Reflexiones sobre la autotutela...”, *op. cit.*, p. 51.

En esta misma línea, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 950.

sus hijos, ya que, el citado artículo 223.1 se refiere a los “padres”, sin mayor especificaciones en torno a la edad, y que puede contraer matrimonio, en los términos del artículo 48 del Código Civil, podrían igualmente realizar tales menores no emancipados este negocio jurídico que representa la autotutela¹⁸⁰.

¹⁸⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *op. cit.*, pp. 200-201, después de manifestar que la autotutela es un derecho de la personalidad, y del reconocimiento que hace la ley de las opiniones de los menores (en los artículos 207.2, 211 o 231 del Código Civil) entiende que por qué no permitirles que puedan hacer declaraciones de autoprotección ante notario, que puedan ser apreciadas por el juez en un momento posterior, y la edad tope para poder realizar esas declaraciones de voluntad, es la del menor mayor de catorce años (por analogía con la capacidad para testar). De forma que sólo estos menores de edad no emancipados tienen, a partir de esa edad, capacidad suficiente para efectuar declaraciones de voluntad de autoprotección; Campo Güerri, siguiendo los argumentos de Rivas, señala, además, que “son razón suficiente para admitir la capacidad del menor pero sin más límite de edad que la que imponga la prudencia del notario autorizante. Y ello, por lo siguiente: a) Son numerosos los preceptos del C.c. que exigen al juez, antes de adoptar medida alguna que afecte al menor, oírle siempre que tuviere suficiente juicio (arts. 159 a 156.2); b) Frente a la opinión que ha concebido al menor como un incapaz de obrar, se alza hoy la que sostiene que el menor es capaz de obrar, aunque su capacidad sea, ciertamente, más restringida que la del emancipado o la del mayor de edad; c) En todo caso, las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que puede hacer el mayor de edad. Serán tenidas en cuenta o no por el juez en cada caso concreto”. *Vid.*, CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

En esta misma línea, VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *La ley*, 24 de febrero de 2004, p. 2; GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 570; SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, J. M^º: “La institución tutelar”, en *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia*, vol. II, coordinador Victor M. Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 2002, p. 465, quien, aún admitiendo que los menores mayores de 14 años puedan otorgar la escritura de autotutela, añade que debe ir acompañada la formalización de la misma del juicio favorable de capacidad del menor emitido por el notario; debiendo, en consecuencia, rechazar la autorización si no cumple con un mínimo de capacidad que le permita valorar y comprender las consecuencias de un nombramiento de esta naturaleza; JIMÉNEZ CLAR, A. J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, p. 133; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho Civil común”, *op. cit.*, p. 180; PERENA VICENTE, M.: “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 2; REPESCA POLO, P.: “Autotutela, mandato y tutela automática de las personas con discapacidad”, en *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, dirigido por Silvia Díaz Alabart, Ibermutuamur, Madrid 2004, p. 196, quien, matiza que “resulta complicado imaginar que a esta edad estos menores gocen de la capacidad de entender necesaria para ordenar las disposiciones que pueda comprender la autotutela”.

Igualmente, la sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3^a, de 14 de junio de 2005, señala en su Fundamento de Derecho segun-

Si bien, no faltan quienes, aun no siendo partidarios, en principio, de su capacidad para prestar tal acto, sin embargo, consentirían su otorgamiento, si bien con las debidas cautelas y advertencias de todo orden a observar por el notario autorizante, y a ser posible con la intervención de los padres en el momento de su otorgamiento¹⁸¹.

Desde tal perspectiva, sobre la base de un reconocimiento en todos los niveles (legal, doctrinal y jurisprudencial) de una capacidad de obrar limitada, pero progresiva, en los menores de edad no emancipados, en función de su capacidad natural de autogobierno, o el establecimiento de capacidades especiales graduadas en función de su edad, que ha llevado, incluso, a crear una nueva categoría, la de los “menores maduros”; de la posibilidad de un reconocimiento al menor de una capacidad plena, para llevar a cabo el ejercicio de los derechos de la personalidad (artículo 162.2.1º del Código Civil), en que se puede prescindir del consentimiento de los representantes legales y contar sólo con el del propio menor; y del hecho de que el menor de 14 años puede otorgar testamento, correspondiendo al notario emitir juicio de capacidad del otorgante tanto en este caso como en el de autotutela, unido al hecho de que, para este último supuesto, el juez tiene la potestad plena para no designar al elegido por el tutelado, y pueda reconocerse a los menores de edad no emancipados mayores de catorce años la posibilidad de realizar por sí solos el negocio jurídico de autotutela¹⁸². Lo que coincide con lo previs-

do que: “B. (...) *En cuando a los menores mayores de catorce años, si gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (artículo 663.1º del CC) y, por consiguiente, para nombrar tutores a sus hijos, ya que, por otra parte, el artículo 223.1 CC se refiere a los ‘padres’ sin especificar una edad en concreto, señalando que podrán organizar la tutela de sus hijos en testamento, habrá que concluir que gozan asimismo de capacidad para ordenar la autotutela*”.

¹⁸¹ GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 214.

¹⁸² La Ley 13/2006, 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón (BOA, núm. 149, de 30 de diciembre de 2006, pp. 17.047-17.070) dispone en el artículo 20: “*Capacidad. 1. El menor de edad, cumplidos los catorce años aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. 2. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla de la Junta de Parientes o el Juez. 3. El*

to, asimismo, en el artículo 9.3c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, relativa a los actos de la salud del menor, ante cualquier intervención médica, quedando en este caso a criterio del médico la determinación de las adecuadas condiciones de madurez¹⁸³.

Tal posibilidad, sin embargo, contrasta y no se mantiene, cuando de los que se trata es de documentar las instrucciones previas, o también llamadas voluntades anticipadas, donde expresamente en el artículo 11 de la Ley citada 41/2002 se exige la mayoría de edad. Quizá por tratarse de un consentimiento anticipado, si bien revocable, sobre aspectos relativos a la propia persona del incapacitado, de especial trascendencia, pues, supone dar instrucciones al médico responsable sobre los principios generales y criterios concretos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de someterlo, o no, a cualquier intervención médica; de aplicarle o no un tratamiento, en previsión de que en aquel momento no sea capaz de expresarlas por sí mismo; o de contener otras disposiciones complementarias, entre las cuales destaca el nombramiento de un representante, que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que en el caso de que el otorgante no pueda expresar su voluntad por sí mismo, le sustituya en la concreta interpretación y aplica-

menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la Ley permita realizar por sí solo". Y, añade el artículo 31: "Presunción de capacidad. 1. La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitado, se presume siempre. 2. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario"; y el artículo 2.2: "La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años, desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia".

¹⁸³ BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Dispone el artículo 9.3 c) que: "Se otorga el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

ción de las instrucciones, criterios y principios expresados. Quizá la razón de tal reticencia del legislador estatal, en contraste con lo previsto en alguna legislación autonómica¹⁸⁴, reside en el hecho que se han previsto diversas formas de otorgamiento, ante notario, tres testigos, o ante el personal sanitario o administrativo del registro; y solo en el primero es posible apreciar la capacidad por un fedatario público.

Si nos trasladamos a la materia objeto de nuestra investigación, en el pensamiento del legislador a la hora de regular la autotutela, también podría pesar el hecho de encontrarnos ante una anticipación de una realidad futura y de la importancia del contenido a establecer en dicho documento que afecta tanto al aspecto personal como patrimonial de la persona, para cuando la misma igualmente no tenga capacidad de decisión, pero, a diferencia del anterior, el otorgamiento del documentos es notarial y el juicio de capacidad será únicamente realizado por tal fedatario público.

Ahora bien, lo expuesto, sin embargo, contrasta con la determinación legal expresa contenida en el artículo 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, al disponer que está

¹⁸⁴ La Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica de Navarra (*BOE*, núm. 129, de 30 de mayo de 2002, pp. 19249-19253), modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, reconoce en su artículo 9.1 capacidad a los menores para otorgar este tipo de documentos. Asimismo, la Ley 1/2003, de la Comunidad de Valencia, de 28 de enero, sobre derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana (*BOE*, núm. 48, de 25 de febrero de 2003, pp. 7587-7595), en su artículo 17, al igual que la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada de Andalucía (*BOE*, núm. 279, de 21 de noviembre de 2003, pp. 41231-41234), en su artículo 4, permiten manifestar su voluntad anticipada aparte de a la persona mayor de edad, al menor emancipado.

Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista en la enmienda número 46 a la Ley 41/2002, que presentó en el Congreso, pretendió, sin éxito, incorporar expresamente la posibilidad de que un menor emancipado pudiera otorgar también documento de instrucciones previas y no sólo los mayores de edad, por considerar que *“aunque ello se desprenda de lo previsto en el Código Civil, la mención del artículo 7.2c) de la Proposición (ahora artículo 9.3c) de la Ley) a los menores emancipados hace que sea aconsejable también dicha mención en este artículo a fin de evitar interpretaciones que negaran la capacidad del menor emancipado para otorgar el citado documento”*. *BOCG*. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B. núm. 134-14. Proposición de Ley, 27 de septiembre de 2001, p. 46.

legitimada para la designación de tutor, en previsión de una eventual incapacidad, “*cualquier persona mayor de edad*”; requisito de la mayoría de edad que soslaya cualquier duda acerca de quien tiene capacidad, al exigirse la plena capacidad de obrar a la persona que designe tutor; y que impide, en lógica consecuencia, el otorgamiento de documento de autotutela tanto a los menores de edad emancipados, como a los menores de edad no emancipados mayores de 14 años¹⁸⁵.

En este contexto, sin perder de vista las peculiaridades forales de la materia, en atención a la exigencia legal de una capacidad de obrar suficiente, no así de edad, que dispone, tal como hemos ya indicado, expresamente el Código en el mencionado artículo 223, supone, además, que la persona en el momento de otorgar tal documento de autotutela en el que se designe a su tutor o se adopte alguna otra previsión en relación con su persona o sus bienes ante una eventual y futura incapacitación, tenga capacidad natural —capacidad de entender y de querer—. No olvidemos que el otorgamiento de tal documento tiene lugar ahora, cuando la persona no está aun incapacitada, sino que está sana, en previsión precisamente de una futura incapacidad; de ahí que su eficacia queda en suspenso, hasta que se verifique su incapacidad y, en consecuencia, se proceda al nombramiento de tutor.

La apreciación de la capacidad natural de entender y de querer corresponde al notario (juicio de capacidad), pues, como veremos y hemos adelantado, la forma requerida para la ordenación de la autotutela tiene lugar mediante el otorgamiento de un documento notarial¹⁸⁶. Aquél de-

¹⁸⁵ Si bien, para BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1001, pueden plantearse dudas en relación con la legitimación del demente en intervalo lúcido.

¹⁸⁶ Sugestivas son las palabras del notario Torres Escámez en su trabajo sobre el juicio notarial de capacidad cuando indica “qué duda cabe de que uno de los aspectos más trascendentales —quizá el más importante, en la medida en que es presupuesto del consentimiento y éste es el fundamento de todo negocio jurídico— del control que el notario debe realizar es el de la apreciación de la capacidad por los otorgantes. Al desarrollar tal actividad, el notario que no autoriza la escritura a quien no tiene capacidad suficiente, ejerce dicho control de legalidad por la vía que López Burniol ha llamado de ‘control-rechazo’, del con-

berá analizar, al igual que ocurre en el otorgamiento del testamento —artículo 666 del Código Civil— si en el momento de proceder a la ordenación de la autotutela la persona del otorgante tiene capacidad (artículos 145, 156.8º y 167 del Reglamento Notarial)¹⁸⁷ para lleva a cabo dicho acto. Existe, al igual que en materia testamentaria de nuevo —artículo 662 del citado cuerpo legal— que partir de una presunción general de capacidad de quien otorga testamento y, por ende, de escritura de autotutela, en el mismo momento en que se otorgan ambos actos. Si es cierto que dicha presunción subsiste, mientras no haya sentencia firme de incapacitación, ello no es óbice para afirmar que ante personas pertenecientes al colectivo de la tercera edad, objeto de nuestro estudio, que puedan padecer enfermedades degenerativas, que incapacitan a la persona progresivamente, carezcan de capacidad de entender y de querer en el momento de otorgar el acto de autotutela, y, en consecuencia, aún no estando incapacitados, el acto que representa la ordenación de la autotutela no tenga lugar; o habiéndose otorgado éste, se destruya la presunción de capacidad del otorgante, alegando como prueba, precisamente, la falta de capacidad natural en el momento de su otorgamiento¹⁸⁸.

trol-denegación (...). De todo lo cual es posible concluir que la apreciación notarial de la capacidad lleva consigo un juicio sobre la capacidad natural del otorgante, una calificación jurídica referida a su capacidad de obrar y legal y una dación de fe en cuanto a la propia actividad del notario a este respecto". *Vid.*, TORRES ESCÁMEZ, S.: "El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 1409 y 1413.

¹⁸⁷ Artículo 156.8 del Reglamento Notarial: "*La comparecencia de toda escritura indicará... 8º La afirmación, a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera*"; y esta exigencia se reitera en el artículo 167 del Reglamento Notarial: "*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derechos sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*".

¹⁸⁸ En este mismo sentido, VAQUER ALOY, A.: "La autotutela en el Código Civil...", *op. cit.*, p. 2.

Sin embargo, insólitamente Romeo Candau, en la autodelación para el cargo tutelar en el caso de que fuera necesario su constitución, la enfermedad no impediría llevarla a cabo. Así, señala que "se trataría de que el enfermo pudiera

No sería desacertado plantear, en la línea que venimos trabajando, aplicar analógicamente lo dispuesto en sede de testamentos, ante la sospecha de la posible falta de capacidad de aquél en el acto de otorgamiento, y se exigiese, en el acto de comparecencia, la asistencia de dos facultativos para dictaminar si en el momento de otorgar el documento goza de plena capacidad¹⁸⁹. Si bien este dictamen emitido por los facultativos no resulta vinculante para el Notario, pues, sólo representa un elemento más, eso sí, de indudable importancia en la apreciación de aquélla, pero, en última instancia, a quien corresponde dicha apreciación es sólo y exclusivamente al Notario. El control de legalidad atribuido a éste como fedatario público es de su exclusiva competencia y responsabilidad.

En consecuencia, sobre la base expuesta, se puede fácilmente concluir que en este juicio de valor que emitirá el Notario autorizante en el momento de otorgamiento —con o sin necesidad de intervención de facultativos—, hará constar que el autotutelado tiene la capacidad legal necesaria para otorgar tal acto de autotutela (*ex* artículo 696 *in fine* del Código Civil para el testamento notarial abierto), y dará lugar, por su relevancia y trascendencia, no absolutamente decisiva, a una presunción *iuris tantum* de

proponer en documento público notarial —porque en testamento no tendría sentido...— a determinada persona para tutor propio desde el momento en que fuera necesario”. *Vid.*, ROMEO CANDAU, P. A.: “Posibilidades de autoprotección...”, *op. cit.*, p. 458.

¹⁸⁹ En esta línea, GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, p. 211. Por su parte, CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela en el Derecho español...”, *op. cit.*, p. 2816, destaca la conveniencia de acompañar algún informe psiquiátrico o médico, en previsión de posibles reclamaciones, en situaciones dudosas; y DÁVILA HUERTA, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 1324, juzga necesaria la presencia de dos testigos para asegurarse de la capacidad del otorgante (*ex* artículo 697, núm. 3 del Código Civil), especialmente en aquellos casos en que pueda albergarse la más mínima duda sobre la capacidad del declarante, que evite cualquier riesgo de ulterior conflicto, sea judicial o no.

Para el Derecho argentino, DE BRANDI, Taiana y ROGELIO LLORENS, L.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *op. cit.*, p. 78, nota 2, disponen, asimismo, que “si bien el escribano no se va a prestar al otorgamiento de un acto por alguien que carece de discernimiento, hay que reconocer que él no es un experto en la materia y que la circunstancia de que este documento va a ser utilizado —por hipótesis— cuando el disponente padezca problemas de salud mental torna conveniente extremar las precauciones”.

aptitud del autotutelado, que sólo podrá ser destruida mediante prueba en contrario especialmente contundente y determinante, por quien pretende la nulidad del negocio jurídico de autotutela, pues ha de ser capaz de destruir una auténtica “verdad oficial”.

Finalmente, cabe plantearse en relación con la capacidad exigida, si habiendo sido la persona incapacitada parcialmente, y no conteniendo la sentencia de incapacitación ningún pronunciamiento que limite su capacidad de obrar sobre su persona, puede designarse tutor para el caso de una eventual incapacitación total. Al respecto, Vaquer Aloy indica que “si la sentencia de incapacitación no le ha privado de ese ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle legitimación para disponer de la autotutela”¹⁹⁰. Postura totalmente acertada en su planteamiento, y que compartimos, pues, tal situación de incapacitación parcial, atendiendo al contenido de la sentencia, no priva al sujeto completamente de su libertad de actuación y en línea con lo que, en sede de testamentos, dispone el artículo 665, para el caso de testamento otorgado en intervalo lúcido y su aplicación analógica al supuesto objeto de análisis, permite reforzar tal postura; a lo que podemos añadir como otros argumentos el carácter graduable de la propia incapacitación (artículo 760.1 LEC) que posibilita se dote de un determinado alcance al contenido en que se concretiza la sentencia; al hecho de que la intervención de un curador como sería, en

¹⁹⁰ VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *op. cit.*, p. 2. De manera semejante, FERRE I RIBA, J.: “Les institucions tutelars en el Codi de Família (I)”, *La Llei de Catalunya*, núm. 239, de 18 de enero de 1999, p. 3; SORIANO CAMPOS, R.: “Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica”, *op. cit.*, p. 133; PEREÑA VICENTE, M.: “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 2, quien, asimismo, hace referencia a la quinta conclusión de la VII Jornada Notarial Iberoamericana, que aconseja en la medida en que el incapaz tenga suficiente juicio, el que deba conservar “el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante”; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada...”, *op. cit.*, p. 1001, si bien, exige que medie el complemento de capacidad que aportan sus curadores.

En igual sentido, se pronuncia la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 14 de junio de 2005, Fundamento de Derecho segundo.

este caso, se debe limitar a prestar su asistencia en sentido técnico, pues no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela en los actos que ésta puede realizar por sí sola; y, en fin, a la posibilidad de solicitar una revisión de la situación de incapacidad, que puede partir del propio incapacitado, que, o bien permite su reintegración como persona sana, o le incapacita totalmente, siendo para esta último caso posible establecer previsiones donde todavía la capacidad natural del sujeto le posibilita un margen de actuación (artículo 761 LEC)¹⁹¹. En todo caso, corresponde al Notario autorizante realizar el juicio de capacidad, de forma que, ante la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia sobre la posibilidad o no de realizar tal acto, a aquél corresponde valorar si el incapacitado sometido a curatela tiene o no suficiente capacidad natural.

Ahora bien, el otorgamiento de la autotutela por mayor de edad no incapacitado, o en su caso, menor de edad emancipado o no, al ser un acto personalísimo impide que se pueda ejercer por representación, lo que determinaría que, aún existiendo un documento de apoderamiento preventivo, y aunque éste tuviera un alcance general, la designación de tutor o de otros aspectos relacionados con la persona o el patrimonio del poderdante, ante una eventual incapacitación, no podría llevarse a cabo por el apoderado¹⁹², salvo para el Derecho civil de Galicia y siempre con la previsión expresa de la persona interesada (artículo 43 de la Ley 2/2006). Asimismo, el acto de nombramiento de tutor debe estar exento de vicios que invaliden el consentimiento, y que debe ser expresa su prestación, lo que deja fuera de lugar la consideración de un consentimiento pre-

¹⁹¹ En contra, Garrido Melero, quien indica que, referido al incapacitado sometido a curatela, al partirse de una situación inicial de capacidad, aquél no podría, ni siquiera con la asistencia de sus curadores, designar un tutor para el caso de que aumente el grado de su incapacidad. *Vid.*, GARRIDO MELERO, M.: "Derecho de familia", *op. cit.*, p. 570. Asimismo, ARROYO I AMAYUELAS, E.: "Comentario al artículo 239 del Código de Familia", en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua*, directores Egea J., y Ferrer J., Tecnos, Madrid, 2000, p. 980.

¹⁹² En este mismo sentido, SERRANO GARCÍA, I.: "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre 2004, p. 253.

sunto. Para las declaraciones de voluntad *inter vivos* el Código Civil en su artículo 1265 dispone que “*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”¹⁹³.

9.2. ELEMENTO REAL. CONTENIDO

La escueta y parca regulación que ofrece el nuevo artículo 223 del Código Civil, al disponer de forma genérica que se podrá adoptar “*cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*”, exige —para concretar el alcance de aquél— la necesidad de completar su contenido con la regulación que con relación a la tutela en general ofrece el Código Civil —sobre todo en lo referente a la designación de tutor por parte de los padres para sus hijos—, y la específica ofrecida por el artículo 172 del Código de Familia Catalán, y los artículos 42 y 44 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Dentro del amplio margen que parece conceder el citado precepto a la autonomía del individuo en la configuración de la autotutela y en atención a la admisión tanto de la autotutela positiva como de la negativa, se podrá designar tutor a quien inspire más confianza, como excluir a todos los que crea convenientes del cargo tutelar. Igualmente, se podrá designar cualquier otro organismo tutelar previsto en la Ley, como el establecer órganos de control y fiscalización unipersonales o colegiados, sus funciones, y el modo de ejercerlas. Asimismo, se podrán señalar las fa-

¹⁹³ Precisa el notario Martínez Díe, que “no son causas de incapacitación las restricciones o condicionamientos que pueda sufrir un individuo del exterior, en el bien entendido caso de que no lleguen a interiorizarse patológicamente (...). Vician la voluntad, pero por muy constantes que sean no son causas de incapacitación sino de vulnerabilidad. Igualmente desde la perspectiva notarial, esas restricciones externas, si son visibles deben ocasionar, desde luego, la denegación notarial del documento solicitado, hasta tanto no cese el vicio concurrente, que usualmente se difumina gracias al asesoramiento equilibrador del Notario o, de ser preciso, al auxilio de los agentes de la autoridad a quienes se recurra, pero, en cualquier caso, tal denegación no será producto de la incapacidad, sino de la falta de consentimiento”. *Vid.*, MARTÍNEZ DÍE, R.: “El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”, *La Notaría*, núm. 5, mayo 2002, p. 69.

cultades de los nombrados, sus derechos y obligaciones; causas de exclusión —aparte de las que les fueran conocidas como causas de inhabilidad para desempeñar el cargo tutelar del apartado 3º del artículo 243 y del apartado 4º del artículo 244—; remoción; excusas, modificando las mismas, prohibiciones, e incluso, supuestos de extinción de esta tutela por causas no previstas en la regulación general de las instituciones tutelares, y, en fin, cualquier disposición referida al cuidado de su persona como de la administración de su patrimonio, todo ello respetando los límites marcado por la propia Ley imperativa y dentro del margen de libertad que al individuo le está permitido.

Respecto a la designación de tutor, que es la única disposición a la que se refiere de modo expreso la norma, y que puede ser, igualmente, el único contenido del documento de autotutela le corresponderá por razón del cargo que ocupa, la representación legal y administración de quien será en un futuro incapacitado. Podrán ser nombradas tutor tanto personas físicas como personas jurídicas, determinadas, bien directamente, por su nombre y apellidos, tratándose de personas físicas; o por su denominación, cuando es persona jurídica; o bien por cualquier otra circunstancia que elija el autotutelado. Se trata de un cargo basado en la confianza, y de carácter personalísimo, de modo que no cabe la posibilidad de delegación de sus funciones, salvo que hubiese dispuesto otra cosa el interesado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1721 del Código Civil y el juez lo considere conforme a Derecho¹⁹⁴. Lo que no obsta, como señala Dávila Huertas, “para que el tutor pueda valerse de la ayuda de otras personas para la realización de sus funciones al igual que en el albaceazgo”¹⁹⁵. Una labor de auxilio, de asesoramiento decisiva y necesaria, cuando se trata de gestión de grandes patrimonios cuya composición mayoritaria es de productos financieros que operan en Bolsa; una situación frecuente en la actualidad.

¹⁹⁴ PÉREZ DE VARGAS, J.: “Autotutela”, *op. cit.*, p. 960.

¹⁹⁵ DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 1329.

Distinto, no obstante, es el caso de la delegación de la facultad de designar tutor, previsto, como ya señalamos, en el artículo 46 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que prevé expresamente la posibilidad de que la persona interesada en la institución de la autotutela delegue la facultad de elección de tutor en su cónyuge —y, por supuesto, también conviviente *more uxorio* (Disposición Adicional 3^a)—, o en otra persona determinada, entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en la escritura pública. Obviamente supone una quiebra del principio personalista que caracteriza a esta institución, y no sería posible en el Derecho civil común¹⁹⁶. En todo caso, la delegación de la designación del tutor a favor de cónyuge decaerá en caso de separación conyugal, aun de hecho (aplicación analógica del artículo 202.1.2 de esta Ley), de divorcio o de nulidad del matrimonio, al faltar la relación de confianza que constituye la base o el fundamento de la delegación. De realizarse tal delegación, a favor de “otra persona”, lo razonable es pensar que ha de existir cierta vinculación entre ambos, sea afectiva o de confianza¹⁹⁷.

En principio, el número correspondiente a los tutores que pueden ocupar el cargo, atendiendo a lo que dispone el nuevo artículo 234.I.1^o del Código Civil, que se refiere en

¹⁹⁶ En contra, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho Civil común”, *op. cit.*, pp. 192-193, para quien el autotutelado puede delegar en otra persona la elección de tutor, toda vez que no estaríamos ante un auténtico supuesto de representación, sino ante un simple *nuncius* o mensajero, mero ejecutor de la voluntad del autotutelado con un pequeñísimo margen para decidir (elegir entre varias personas previamente identificadas por el interesado). Su encaje legal, continúa el autor tendría lugar en el artículo 231 del Código Civil según el cual “el Juez constituirá la tutela previa audiencia... de las personas que considere oportuno...”. Entre estas personas podría encontrarse nuestro mensajero. Son también, posibles argumentos a favor, añade, por un lado, la admisión de los apoderamientos preventivos del nuevo párrafo final del artículo 1732 del Código Civil; y, por otro, el artículo 11 de la Ley 41/2002, que al regular el documento de instrucciones previas, permite al otorgante designar un representante “para que, llegado el caso, sirva de interlocutor suyo con el médico o equipo sanitario”.

¹⁹⁷ En este mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada...”, *op. cit.*, p. 1003, quien añade, además, que el decaimiento de manera sobrevenida de la confianza debe amparar la impugnación de la delegación y la pérdida sobrevenida de su eficacia.

forma singular al “designado”, y reitera, igualmente, el párrafo 4 del apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, será la regla de la unipersonalidad en la designación. Sin embargo, con carácter excepcional y para determinados supuestos, el Código Civil contempla la posibilidad del nombramiento de una pluralidad de tutores (artículo 236). Se puede designar un tutor para la esfera personal y otro para la patrimonial. O, como precisa el número 4 del citado precepto, los padres pueden nombrar una pluralidad de tutores para sus hijos. Por otra parte, el nuevo artículo 223.II, tal como hemos expuesto, expresándose en términos generales, dispone que *“podrá adoptarse cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes”*. De la combinación de tales preceptos, que descansan sobre el hecho claro de que el fundamento de tal separación puede residir en las especiales circunstancias del tutelado, y de la plena libertad que se concede a los padres en una configuración de la tutela de sus hijos en los términos indicados, nada impide que, operando sobre esas mismas bases, y siendo uno mismo quien mejor conoce su situación personal y patrimonial, se le de la posibilidad de que decida con plena libertad y dentro del margen de autonomía permitido, que para el mejor cuidado de su persona y la gestión de su patrimonio, se nombren uno o varios tutores que se ocupen de la persona, y otro u otros que se ocupen de los bienes; o simplemente se proceda a un nombramiento plural de tutores, sin que tenga lugar tal separación; pues no debería ser uno tratado de peor forma cuando decide acerca de su tutela futura.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el sistema previsto en el Código Civil, la Ley de Derecho Civil de Galicia sí contempla expresamente en su artículo 42 la posibilidad de que se designe a una única persona o a una pluralidad de ellas —personas físicas o jurídicas— para que ejerzan el cargo de tutor.

En este contexto, bien sea de forma expresa o bien por la combinación de varios preceptos, la actuación y, en consecuencia, el ejercicio de las funciones en la esfera personal y patrimonial de esta pluralidad de tutores, una vez

designados, puede convenirse que lo sea de forma simultánea o sucesiva, y, a su vez respecto a esta primera forma, se puede especificar que lo sea mancomunada o solidariamente (argumento *ex artículo 237*), es decir, si la voluntad que uno mismo expresa en el documento de autotutela determina como lo más adecuado para la toma de decisiones sobre su persona y patrimonio el que deban ponerse de acuerdo los tutores nombrados o, por el contrario, en su actuación cualquiera de ellos pueda hacerlo indistintamente, realizando por sí solo la función encomendada a todos y cada uno, o bien, colectivamente¹⁹⁸. Igualmente, en atención a una situación específica, se puede optar por quien suscribe el documento por distribuir simplemente, en los términos indicados, las funciones correspondientes a aquellas esferas, separando en personas distintas su ejercicio.

Por otra parte, hay que reseñar que, para el caso de que el autotutelado se incline por la designación de varios tutores con actuación conjunta o mancomunada —a falta de un desarrollo específico en la actual regulación con respecto a la materia objeto de análisis—, habrá, de nuevo, que aplicar analógicamente lo dispuesto en sede de tutela testamentaria, y en base al artículo 237 párrafo segundo del Código Civil, determinar que las decisiones que se adopten habrán de tomarse por mayoría simple, y a falta de acuerdo, el juez podrá resolver lo que estime más conveniente para el tutelado. También para este mismo su-

¹⁹⁸ Como señala LASARTE ÁLVAREZ, C.: “El ejercicio de la tutela, sea solidario, sea conjunto o mancomunado, nada tiene que ver con el concepto de solidaridad o mancomunación de la obligación, sino exclusivamente con el modo de actuación que pueden desplegar los varios tutores, al igual que ocurre en la representación cuando son varios los apoderados, según que el poder sea otorgado solidario o mancomunado”. *Vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, T. IV Derecho de Familia*, Madrid, 1997, p. 414.

Por su parte, Díaz Alabart entiende que la “tutela solidaria y el albacerazgo solidario son situaciones parecidas y tienen una serie de puntos de contacto, por lo que será posible aplicar las normas del uno a la otra”. *Vid.*, DÍAZ ALABART, S.: “Comentario al artículo 237 del Código Civil”, en *Comentarios a la reforma de la nacionalidad y la tutela*, coordinados por Manuel Amoros Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tercos, Madrid 1986, p. 334.

Vid., asimismo, LETE DEL RÍO, J. M.: “Tutela conjunta o plural”, *Actualidad Civil*, 1999-2, pp. 433 a 436.

puesto, el artículo 238 del mismo cuerpo legal establece que, en los casos en que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso. Precisamente, en previsión de supuestos de inhabilidad, remoción o excusas en el cargo de los designados como tutores, se pueden nombrar sustitutos de los mismos.

En el caso que tenga lugar una pluralidad sucesiva de designaciones en distintos documentos, en los que se contenga, asimismo, el nombramiento de aquellos, y ante una colisión entre tales designaciones, la falta de previsión, de nuevo, en el artículo 223, determina la necesidad de acudir tanto a lo dispuesto en los artículos 172 y 174 del Código de Familia Catalán, más detallados en su contenido, como a lo que establece el artículo 225 del Código Civil que contempla la designación por separado realizada por el padre y la madre del tutelado, siendo la autoridad judicial quien decide si pueden los dos tutores nombrados ejercer la tutela conjuntamente o, por el contrario, no siendo ello posible, se resuelven por el principio de incompatibilidad y se opta entre uno u otro de los designados. De forma que, sobre la base de ambos preceptos, las distintas previsiones sucesivas realizadas por el autotutelado en distintos documentos deberán intentarse compatibilizar; de no ser ello posible, se debe hacer prevalecer la designación posterior.

Si, en cambio, de lo que se trata es de una pluralidad conjunta de designaciones en un mismo documento, sin mayor especificación, será preferida la persona nombrada en primer lugar¹⁹⁹.

Asimismo, es posible la designación de sustitutos del tutor o, en su caso, del tutor designado en primer lugar, para el caso de premoriencia de éste, de incapacidad —lo que permite su remoción (*ex* artículo 247 del Código Ci-

¹⁹⁹ COUTO GÁLVEZ, R. M^º: “Algunas reflexiones sobre la facultad para auto-designar el cargo tutelar. La ‘autotutela’ en Cataluña”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero 2000, 3^ª época, p. 27.

vil)—, de excusa, de renuncia, o de que incurra sobrevenidamente en alguna de las causas de inhabilidad para el desempeño del cargo tutelar contempladas en los artículos 243 y 244 del citado cuerpo legal²⁰⁰. Al nombramiento de sustitutos se refiere expresamente el artículo 42 *in fine* de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Precisamente, en relación con las causas de inhabilidad para desempeñar el cargo de tutor, puede el constituyente de la autotutela excluirlas y proceder a designar a persona en quien concurra cualquiera de ellas. Parece que, aunque el legislador no ha modificado el artículo 246 del Código Civil, sí resulta aplicable también a este supuesto, pues existe la misma *ratio*. Este precepto posibilita que las causas de inhabilidad contempladas en los apartados 3 del artículo 243 —“*los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela*”— y 4º del artículo 244 —“*los que tuvieran importantes conflictos de interés con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito, o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que les adeuden sumas de consideración*”— no se apliquen a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres, cuando fueran conocidas por éstos en el momento de hacer la designación. De forma que, en el caso de que alguno de los designados como tutor estuviera incurso en alguna causa de inhabilidad enunciada en los artículos 243 y 244 del Código Civil y esta circunstancia fuera conocida por el otorgante en el momento de realizar la designación, deberá considerarse como válido el nombramiento de tutor, por cuanto ha de entenderse que el otorgante quiso excluir expresamente la eficacia de la causa de inhabilidad que le era conocida²⁰¹. Si bien, atendiendo de nuevo

²⁰⁰ Se muestran también partidarios de tal nombramiento, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, p. 958; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1003; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, p. 189.

²⁰¹ En este sentido, *vid.*, VICENTE PEREÑA, M.: “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 3; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1003; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.:

a lo dispuesto en el artículo 246, también para este caso, el juez, mediante resolución motivada y en interés del incapacitado, puede no admitir la exclusión del funcionamiento de la causa de inhabilidad prevista por el constituyente de la autotutela.

Ahora bien, además de la designación de tutor y la forma en que debe ejercer sus funciones, es posible, tal como hemos apuntado al inicio de este apartado, la posibilidad de que se establezcan también órganos de fiscalización de la tutela, unipersonales o colegiados²⁰² —como también dispone el artículo 224 para el supuesto de que sean los padres quienes designen tutores para sus hijos—²⁰³; si bien, partiendo del sistema de tutela de autoridad que preside la regulación del Código Civil, no se les podrá encomendar las mismas funciones que competen a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal en el ejercicio del cargo tutelar (artículo 232)²⁰⁴. En todo caso, su función o funcio-

“La autotutela en el Derecho Civil común”, *op. cit.*, p. 180; REPRESA POLO, P.: “Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces”, *op. cit.*, p. 197.

²⁰² En la ya mencionada VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz en 1998, en relación con el Tema III “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad”, en la conclusión número 4 se disponía, precisamente, con relación a estos órganos que “con objeto de proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control”.

²⁰³ En opinión de GARCÍA CANTERO, G.: “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, p. 418; GÓMEZ-OLIVEROS, J. M^a: “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984-1, p. 639, y otros autores, cabe establecer como órganos de fiscalización y al amparo del artículo 223, al protutor y al Consejo de Familia, contemplados como tales en la regulación de la tutela en el Código Civil anterior la Ley 13/83, y ello aunque la nueva regulación instauradora de un sistema de tutela de autoridad no los contemple expresamente. “No veo inconveniente —dice García Cantero— en considerar al viejo y denostado Consejo de Familia como órgano de fiscalización, con tal de que se le remoce y modernice, pues muchas de las facultades que le atribuía la legislación derogada poseían tal carácter”.

²⁰⁴ Precisa, Leña Fernández, con relación a la tutela testamentaria, que tales funciones serán “la de vigilancia, asesoramiento, control y autorización previa respecto a todas o solamente algunas (lo aconsejable es esto último) de las actuaciones del tutor a criterio del testador”. Pueden, añade, el citado autor, también los padres para estas funciones de asesoramiento, vigilancia y control del tutor “en vez de constituir un organismo pluripersonal que las ejerza, encomendarlas a una persona jurídica como puede ser una Fundación Tutelar, aprovechando la organización y experiencia propia de estas entidades, imponiendo su intervención respecto a determinados actos de trascendencia para el dismuido, incluso exigiendo su consentimiento como requisito previo a la autoriza-

nes deberán respetar las correspondientes a estos órganos que son de *ius cogens* y, en consecuencia, reforzar las ya existentes legalmente²⁰⁵. Lo cierto es que de existir estos órganos de fiscalización con un amplio campo competencial establecido sobre la base de lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, y con el objeto de evitar una proliferación de órganos con un cometido similar, resulta lo más conveniente mantener los designados por el autotutelado; y que el Juez se abstenga de establecer otras medidas de fiscalización al amparo del artículo 233 del mismo cuerpo legal. Con ello no se suprime la supervisión final que corresponde, en todo caso, a la autoridad judicial, respecto de lo que representa el ejercicio del cargo tutelar. Aunque estos órganos de fiscalización y control creados por el autotutelado sean respetados por el Juez, “le vinculen” en los términos del citado artículo 224, no debe impedir, aparte de una supervisión constante de aquél, que, sobrevenidas nuevas circunstancias o verificado el no funcionamiento de estos órganos de fiscalización, pueda la autoridad judicial adoptar las medidas que considere pertinentes para conseguir la mejor protección de los intereses del autotutelado, pues no olvidemos que pesa sobre aquélla el indeclinable deber de velar por el beneficio e interés de los sometidos a tutela²⁰⁶.

Dentro de las amplias facultades que en orden al desarrollo de la actividad tutelar puede el autotutelado plas-

ción judicial en los casos en que ésta se precise”. *Vid.*, LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, p. 172.

²⁰⁵ Al respecto, Gómez-Oliveros precisa que “Fiscalizar equivale a controlar, auditar, vigilar, pero no asistir ni autorizar. Es decir, tales órganos hemos de entenderlos como colaboradores de la autoridad judicial, complementando el deber de vigilancia del artículo 232 del Código Civil impone al Juez, quien actuará “a instancia de cualquier interesado”. *Vid.*, GÓMEZ-OLIVEROS, J. M^º: “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *op. cit.*, p. 640.

Asimismo, García Cantero, citando a Sancho, señala que “Incluso, cuando dispositivamente una tutela concreta se estructure con más intensos matices familiares, al amparo del artículo 223, subsistirá —adaptada y referida a los órganos familiares de fiscalización— la supervisión de la autoridad judicial —y del Ministerio Fiscal asimismo—. *Vid.*, GARCÍA CANTERO, G.: “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *op. cit.*, p. 418.

²⁰⁶ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 963.

mar en la escritura de autotutela, aparte de la ya indicada de designar órganos de fiscalización y control, está la de nombrar otro cargo tutelar, como es el defensor judicial (artículo 215.3º), ante la utilidad que el mismo puede reportar en previsión de situaciones de conflictos de intereses entre la propia persona del autotutelado y el tutor, o, también, el nombramiento de administrador patrimonial²⁰⁷. O, simplemente, el mandato al tutor de que constituya un patrimonio protegido a favor del incapacitado discapacitado (artículo 3.1b) de la Ley 41/2003).

Se ha planteado por algún autor²⁰⁸, igualmente, dentro del amplio contenido que puede conformar la escritura de autotutela, la posibilidad de establecer normas de administración y disposición respecto de sus bienes excluyendo la intervención judicial, lo que sin lugar a dudas sería posible, al igual que introducir todas las modificaciones y alteraciones que se estimen convenientes en el ejercicio de la tutela, en los términos indicados en líneas precedentes, siempre que no supongan una vulneración de las normas de Derecho necesario (“*ius cogens*”), que el Código Civil

²⁰⁷ En este caso, el administrador patrimonial se encargará de la gestión del patrimonio, mientras que la persona titular de la tutela se ocupará sólo de la persona del tutelado, de su cuidado personal, por tanto, le corresponderá el contenido personal de la tutela. Cada uno actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernen a ambos deberían tomarse conjuntamente (artículo 236.1 del Código Civil; artículo 200 del Código de Familia Catalán). Precisa el artículo 197 del citado Código de Familia, al ser como el ejercicio de la tutela personalísimo, el administrador patrimonial sólo puede otorgar poderes especiales para un acto o contrato concreto.

²⁰⁸ CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado”, *op. cit.*, pp. 27-28.

Por su parte, SEGURA ZURBANO, J. M^a.: “La auto-incapacitación. La auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial XX-2005, director Fernando Santos Urbaneja, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 79, dispone que, si bien, ahora el propio autotutelado no se encuentra en situación de reducir los casos que enumera el Código Civil en su artículo 271 para los que el tutor necesita autorización judicial; sí, en cambio, podrá cambiar el órgano que debe otorgarlos. Así, añade que “el hecho 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 consientan. Es decir, podrá señalar las personas, diferentes del tutor, que deban 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”.

fija en esta materia de tutela. En concreto, la posibilidad de excluir la autorización judicial en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 272 del citado cuerpo legal, como se ha apuntado, en el vigente régimen de tutela judicializada, de autoridad, al ser normas de derecho necesario la que lo regula, constituyendo un límite para el tutor en el ejercicio de sus facultades; sin embargo, todo lo que se fije sobre ese mínimo marcado por la ley será respetado por el juez, siempre que, asimismo, no opere contra el beneficio o interés del autotutelado²⁰⁹.

Si bien en este contexto de imperatividad normativa, la necesidad de solicitar autorización judicial puede constituir en algunas ocasiones un perjuicio para el patrimonio del futuro tutelado —máxime si a ello añadimos que una falta de autorización previa no puede subsanarse por una posterior decisión judicial—, cuando la propia composición del patrimonio, exige una respuesta ágil e inmediata en la toma de determinadas decisiones. Pensemos en la composición del patrimonio del futuro incapacitado con productos como fondos de inversión —valores mobiliarios—, que pueden formar parte de un contrato de gestión de carteras y que se negocian en un mercado dinámico como el bursátil, donde cualquier operación exige una rápida confirmación, en un corto período de tiempo. Esta previa autorización puede suponer un trámite entorpecedor para el titular del patrimonio, más que una garantía para el mismo.

Si embargo, tales límites no operan cuando se trata de una escritura de apoderamiento preventivo, como en el caso de que se constituya un patrimonio protegido en donde se fijen en la propia escritura de constitución el régimen de administración de aquél por parte del propio constituyente cuando éste es la propia persona con discapaci-

²⁰⁹ DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 1314; PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 963; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1011; ROVIRA SUEIRO, M^º E.: *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces-Fundación Aequitas, Madrid 2005, p. 53.

Aunque, el artículo 44.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia permite establecer reglas para la administración de los bienes, solo alcanza a tal gestión, no así a los actos de extraordinaria administración y de disposición.

dad beneficiaria del mismo, con capacidad de obrar suficiente (artículo 5.1 de la Ley 41/2003); o incluso, en el supuesto que alguien done y nombre el administrador del patrimonio (artículo 164.1 del Código Civil). De forma que, en estos casos, el mayor margen de maniobra del que participa el apoderado, el administrador, en la gestión del patrimonio del incapacitado o del discapacitado puede hacer de peor condición, al que se somete a tutela.

Resulta curioso que el legislador en la misma reforma haya creado mecanismos que se sustraen casi totalmente al control judicial y que, como hemos señalado, posibilitan que la persona pueda organizar su futura pérdida de capacidad, sin pasar por la incapacitación judicial, otorgando poderes a alguien de su confianza. Con ello, se crea un mecanismo paralelo que evita la tutela y que prácticamente produce sus mismos efectos, especialmente, en el ámbito patrimonial, suprimiendo la intervención del juez.

O posibilita que en la gestión del patrimonio protegido, cuando el constituyente del patrimonio sea el propio beneficiario, la administración a su cargo o la de un tercero se sujetará sólo a las reglas establecidas en el documento público de constitución; y, en los demás casos, se podrá instar al Ministerio Fiscal por parte de los constituyentes o el administrador, que solicite al Juez competente *“la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador, o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”* (artículo 5.3 de la Ley 41/2003).

Esto no es posible para determinados supuestos, como el de autotutela²¹⁰, y lo cierto es que, aún siendo conscien-

²¹⁰ Si bien, JIMÉNEZ CLAR, A. J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, pp. 143-144, entiende que se puede aplicar a la autotutela el mecanismo previsto para la administración del patrimonio protegido, permitiendo que el interesado, en el momento de constitución, suprima la necesidad de autorización judicial. Así, dispone expresamente que *“no parece que exista un serio inconveniente para aplicar este esquema al supuesto de autotutela regulado por el artículo 223 del Código Civil ya que su ratio es la misma, de tal forma que el administrador no necesite para los actos que determine el propio interesado las*

tes de la existencia de un sistema de tutela de autoridad, la propia realidad de su funcionamiento demanda una cierta “flexibilización”, en concreto, respecto a las ya mencionadas preceptivas autorizaciones judiciales, permitiendo que en algunos casos se obtengan *a posteriori*; o la fijación de un sistema alternativo por parte del propio autotutelado, con las debidas garantías en lo que constituye la gestión de su patrimonio, pues quién mejor que uno mismo para ordenar de la forma más adecuada y segura su futuro personal y patrimonial. El temor que antaño existió de posibles abusos por parte de los tutores sobre el tutelado —sobre todo si su patrimonio era cuantioso—, y de la falta de un adecuado sistema de supervisión y control por los órganos familiares —como ocurrió con el Consejo de familia— determinaron que en 1983 el legislador optase por el actual sistema. Parece que tales temores actualmente están superados, y que la propia realidad práctica actual demanda el que se posibilite una mayor libertad en la toma de decisiones sobre aspectos tan trascendentales y reiterados, como es la propia persona y su patrimonio. El hecho de que una persona tenga libertad en la elección de quien quiere sea el que ocupe el órgano tutelar ante su posible y futura incapacidad, o excluya a determinadas personas del mismo, ya constituye en sí una apertura a la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho de familia, por no, dentro de este margen, dotar, asimismo, de la misma libertad en la fijación de la estructura de tal órgano, en la determinación de las facultades a otorgar a este órgano, o a otros designados, al igual que libertad en el establecimiento de las garantías que se estimen oportunas para el control de tal ejercicio. Una flexibilidad que no supone obviar la necesidad de mantener un régimen de cierta imperatividad, referido al cuidado de la persona como de su patrimonio, y de control judicial a través de la

autorizaciones de los artículos 271 y 272 del Código Civil. De este modo, el futuro incapaz puede dotar a la administración de su patrimonio de la agilidad que estime inconveniente. Asimismo, podrá el interesado establecer las medidas de fiscalización de la Administración de sus bienes que considere oportunas, sustituyendo la autorización judicial por el consentimiento de una o varias personas”.

vigilancia constante, permanente e inmediata del Ministerio Fiscal (artículos 232 y 233 del Código Civil)²¹¹, ni de prescindir del hecho que “la funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá *en beneficio del tutelado* y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial” (artículo 216 del citado Código).

Tal posibilidad existe en el actual régimen de autotutela fijado en el Código de Familia de Cataluña, donde se

²¹¹ En este mismo sentido, se pronuncian en la doctrina LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “Tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. la Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP, director Rafael Martínez Díe, Civitas, Madrid, 2000, pp. 163-173, que aboga en dichas páginas por: a) la vuelta a un sistema de tutela de familia —no en cuanto a las personas que necesariamente hayan de ejercer la tutela, sino en cuanto a la libre facultad de los padres para disponerla y organizarla en testamento o en escritura pública— con libre facultad de los padres para configurar el organismo tutelar, así como su funcionamiento, respecto al hijo incapacitado, incluso contando para los menesteres tutelares con asociaciones y fundaciones especializadas; b) El mantenimiento del sistema de tutela de autoridad, si bien sólo con carácter subsidiario y con un carácter más flexible respecto a las preceptivas autorizaciones judiciales, permitiendo que se obtengan a posteriori y eliminando la necesidad de subasta, sustituyéndola por tasaciones o dictámenes profesionales; c) La regulación con carácter muy flexible, de lo que podríamos llamar la tutela social.

Todo lo dicho respecto a la libertad de los padres para estructurar y organizar la tutela de sus hijos incapacitados en testamento o escritura pública, debe ser trasladado a la posibilidad, para toda persona capaz, de prever y organizar su autotutela (especialmente, pp. 169-171).

Por su parte, el notario Carlos De Prada, con relación al sistema actual de tutela, afirma que “... el nuevo sistema de tutela judicial no ha logrado solucionar los problemas y suplir las carencias que se imputaban al antiguo sistema de tutela familiar, mientras que, sin embargo, hoy en día, el desarrollo de la tutela es más lento y costoso que en el sistema anterior... Con la sustitución del sistema familiar por el de autoridad, no se ha logrado una mayor protección de los incapaces, y, sin embargo, se ha producido un indudable alejamiento del órgano de control de la tutela respecto del tutelado, así como un encarecimiento de ésta, ante la necesidad de acudir al órgano judicial competente para dar solución a problemas que antes se solucionaban sin costo alguno a través del Consejo de Familia”. *Vid.*, DE PRADA GUAITA, C.: “Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público”, *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, Edersa 1995, pp. 187-188.

Aún no siendo partidario de la tutela de familia reconocen que Fábregas Ruiz que “la reforma de la tutela que supuso, en su momento un paso importante, hoy se encuentra absolutamente obsoleta”. *Vid.*, FÁBREGAS RUIZ, C. Fco.: “Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, VII, Madrid 1998, p. 124.

En contra, RIPOLL JAÉN, A.: “Discapacidad y derecho de sucesión por causa de muerte”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 255, noviembre 2002, p. 3005; GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, p. 221.

tiende a un sistema de familia, donde la tutela de autoridad tiene un carácter supletorio. En la delación voluntaria se admite una libre configuración de la misma, pudiendo sustituirse la autorización necesaria del juez, en la tutela de autoridad, para la realización de ciertos actos (los comprendidos en el artículo 212), por la autorización del Consejo de Tutela, cuando al efectuarse la delación voluntaria se haya previsto este órgano. De forma que la libertad concedida a las personas que realizan la delación voluntaria no sólo se extiende al nombramiento de la persona que hayan de ejercerla, sus sustitutos y las posibles exclusiones, sino que alcanza también a la determinación del funcionamiento del organismo tutelar (artículo. 172.1), al establecimiento de las medidas de control de la actuación tutelar o del administrador patrimonial (artículo 176), creando, si lo estiman conveniente, verdaderos órganos de control y vigilancia, figurando dentro de estos órganos el Consejo de Tutela (artículo 226)²¹², quien, además, podrá autorizar la realización de determinados actos al tutor o, en su caso, al administrador patrimonial, sustituyendo con dicha autorización la intervención judicial en el control de la persona que ejerce la tutela.

De nuevo aquí resulta el que el autotutelado de derecho común puede resultar menos favorecido que el autotutelado catalán.

Ahora bien, tal flexibilidad en cierta forma también se demanda y así se determina, en la regulación por Ley 41/2003, con respecto a la gestión del patrimonio protegido. Como indicamos, en líneas precedentes, su constitución

²¹² Sin embargo, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A.: “Reflexiones sobre la autotutela...”, *op. cit.*, p. 52, reconoce que en esta materia la regulación legal parece aconsejar una respuesta negativa, precisamente a la posibilidad de que entre las normas de funcionamiento del organismo tutelar puede incluirse la de autorizar a quien desempeñe el cargo a realizar los actos a que se refieren los artículos 212, 215.2 y 219 sin necesidad de autorización judicial ni la del Consejo de Tutela. Si bien, a reglón seguido, señala que es forzoso reconocer que existen también argumentos en sentido contrario (...) “si el tercero que dispone de bienes en beneficio del menor o incapacitado puede organizar la administración de éstos hasta el punto de prescindir de toda autorización (artículo 212.3 Código de Familia), con mayor razón debe poder hacerlo el que organiza la administración de sus propios bienes”.

puede ser llevada a cabo por el propio tutor. En principio, la administración de aquél puede establecerla como quiera el aportante, desde luego si es el mismo discapacitado no incapacitado judicialmente. Pero incluso, si la aportación la hacen los padres, tutor, curador, guardador de hecho “o cualquier persona con interés legítimo”, las reglas de administración pueden ser establecidas por el constituyente del patrimonio —cuando es el propio beneficiario del mismo—, en el documento público en que se materialice la aportación (artículo 5.1). En los demás casos, las reglas de administración son a semejanza con la correspondiente a los bienes sometidos a tutela, requiriéndose autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil (artículo 5.2). Pues bien, aún en estos últimos casos, como igualmente hemos señalado, los constituyentes o el administrador del patrimonio pueden instar al Ministerio Fiscal para que solicite al juez la excepción de autorización judicial en determinados supuestos, en atención, precisamente, a la propia composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, solvencia del administrador, o cualquier otra circunstancia de naturaleza análoga. La existencia en la composición de aquél de participaciones en fondos de inversión, acciones o participaciones en sociedades mercantiles, así lo demandan, pues, como ya pusimos de manifiesto, su negociación en mercados dinámicos, como el bursátil, exige órdenes continuas de compra y venta en un corto período de tiempo, que, si no se adoptan, podrían perjudicar a la propia composición de aquél, tornando en pérdidas lo que hasta ahora han sido beneficios. Una petición de autorización judicial por cada operación, que atendiendo al retraso que acumula la Administración de Justicia, daría como consecuencia un resultado negativo.

Además, se puede dar la circunstancia que de haberse constituido por el propio discapacitado no incapacitado el patrimonio protegido y siendo el mismo el propio beneficiario, las reglas de administración, tal como hemos reseñado, serán las que se fijen en el documento público de

constitución para sí o para un tercero. Una vez incapacitado y designado tutor —que puede ser el que hubiese nombrado en escritura de autotutela—, respecto del patrimonio protegido, dicho tutor —que, asimismo, puede ser quien lo administre— observará las reglas de gestión que determine el documento mencionado de constitución y, respecto del resto del patrimonio, el tutor aplicará las reglas de gestión que se fije en la escritura de autotutela, si las hay, con los límites que la normativa de la tutela fija de forma imperativa. Si no es el tutor el administrador del patrimonio, quien resulte nombrado como tal ceñirá la gestión de tal patrimonio a los términos fijados en el citado documento; y el tutor administrará el restante patrimonio, conforme a las reglas de la escritura de autotutela, si la hay, o, si no la hay, en ambos supuestos resulta aplicable la normativa de la tutela, con el carácter de *ius cogens* indicado, que corresponde a parte de su normativa.

No sólo un contenido patrimonial, sino también personal, especialmente en lo que se refiere al cuidado o asistencia de la persona del incapacitado, puede formar parte de un documento de autotutela. Así, en este ámbito pueden realizarse previsiones sobre recibir o no determinados tratamientos médicos, cuidados paliativos, donación de órganos, o la posibilidad de internamiento en una institución asistencial con las cautelas establecidas en el artículo 763 LEC, etc.²¹³.

Otras cuestiones que cabe plantearse con relación al contenido, y a las que debemos dar respuesta ante la, tantas veces reiterada, falta de mención en la regulación actual, son, por un lado, la relativa a la retribución del tutor, y a la obligación de rendir cuentas; y, por otro, si, además, es válido el nombramiento y autodesignación de un curador.

Respecto a la primera, no parece que el autotutelado pueda fijar en la escritura de autotutela una remunera-

²¹³ Previsiones que también se pueden contener en un documento de instrucciones previas. *Vid.*, BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1010; REPRESA POLO, P.: “Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces”, *op. cit.*, p. 198. Asimismo, *vid.*, el artículo 44.1 *in fine* de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

ción por el ejercicio de sus funciones a percibir por el tutor o por otro cargo tutelar que se hubiera, igualmente, establecido, pues el artículo 274 del Código Civil es taxativo en su contenido: “*corresponde al juez fijar su importe*”. Se trata de una imposición imperativa que descansa en el modelo de tutela de autoridad, tantas veces mencionado, que fija el Código Civil tras la reforma de 1983, y que, inevitablemente, se impone sobre el principio de autonomía de la voluntad, de autorregulación, que preside la autotutela²¹⁴. No será posible en este caso, como tantas veces hemos planteado, el aplicar en este ámbito, lo establecido en los artículos 172.1 y 177 del Código de familia Catalán y en el artículo 44 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, donde, a diferencia de la normativa común de nuestro Código Civil, sí se puede convenir la remuneración que se crea conveniente²¹⁵. Ni lo que dispone el artículo 5.1 de la Ley 41/2003, en lo relativo a las reglas de administración que se fijan en el documento de constitución; como tampoco, en fin, sería posible extender la mención de “*cualquier disposición*” del artículo 223.2 del Código Civil, para dar cabida a este supuesto planteado. En todo caso, sí cabría aplicar el artículo 275 del Código Civil que, en sede de tutela testamentaria, permite a los padres que el tutor haga suyo los frutos de los bienes del tutelado, a cambio de prestarle alimentos²¹⁶.

²¹⁴ En todo caso, como señala BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1010 “ha de tenerse en cuenta que la retribución que se fije a favor del tutor es una contraprestación diferenciable de la indemnización de los daños y perjuicios experimentados como consecuencia del ejercicio del cargo tutelar y a la que, eventualmente, pueda tener derecho y que se decidirá en el momento en que se proceda a la rendición de cuentas de la tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 279 a 285 del Código Civil”. *Vid.*, asimismo, SERRANO ALONSO, E.: “Comentario al artículo 274 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 650.

²¹⁵ No se establecen límites a la retribución que el otorgante de la autotutela fije a favor del tutor que designe para el ejercicio del cargo tutelar, si bien por razones obvias debe serlo dentro de las posibilidades del patrimonio del sometido a tutela.

²¹⁶ VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil...”, *op. cit.*, p. 3; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia declarada”, *op. cit.*, p. 1010; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, p. 193.

Igualmente, no sería posible que el autotutelado pudiera dispensar de la obligación de rendir cuentas, pese a lo que dispone el artículo 223.2 del Código Civil, cuando señala que se puede adoptar “cualquier disposición relativa a su propia persona o sus bienes”, pues se corre el riesgo de que el tutor pueda llegar a abusar de su posición y de la confianza que le ha llevado a ocupar el cargo de tutor, en perjuicio del incapacitado²¹⁷. No obstante, si se diera el caso de que, a través de los órganos de fiscalización de la tutela, se estableciera una férrea vigilancia de la gestión del tutor en todo el período de desarrollo de la misma, podría plantearse una posible dispensa al resultar en cierta forma aminorado el riesgo expuesto. En todo caso, de no darse esta posibilidad, cualquier disposición en la que se dispense de la obligación de rendir cuentas se tendría por no puesta, y desde luego no vincularía al Juez²¹⁸.

Con relación a la segunda cuestión planteada, el artículo 239.1 del Código de Familia Catalán de nuevo prevé expresamente la posibilidad de autocuratela, al señalar que “*la designación de la persona que debe ejercer la curatela puede realizarla la propia persona interesada, en las mismas circunstancias de la tutela*”. Esta posibilidad podría ser fácilmente aplicada en el ámbito del derecho común, pues, además del carácter esencialmente graduable

²¹⁷ FERNANDO PANTALEÓN, A.: “Comentario al artículo 279 del Código Civil”, en *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela, coordinadores Manuel Amoros Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*, Tecnos, Madrid 1986, p. 625, en general, niega igualmente la posibilidad de dispensar al tutor de su futura obligación de rendir cuentas. Al respecto indica que “(...) ni el Juez tutelar, ni tampoco los padres que hayan designado al tutor en testamento o documento público notarial (...). Lo mismo cabe decir, en fin, de la dispensa al tutor de rendir cuentas que establezca el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado sometido a tutela, con relación a dichos bienes. Aunque el artículo 227 del Código Civil nos dice que tal persona ‘podrá establecer las reglas de administración de los mismos’ (...). Sin perjuicio —como se ha señalado con agudeza— de que pueda interpretarse en su caso como donación o legado al tutor del saldo que pueda arrojar en su contra la gestión de dichos bienes, en lo que no sea consecuencia de actuación dolosa del mismo (artículo 1102 del Código Civil)”.

También se inclina por la negativa a dar validez a la dispensa, GONZÁLEZ POVEDA, P.: “Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela”, en *La incapacitación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 119.

²¹⁸ De la misma opinión, FERNANDO PANTALEÓN, A.: *Últ. Lug. Cit.*

de la incapacitación (artículo 210 del Código Civil), de la opción por uno u otro sistema de guarda (tutela, curatela), atendiendo precisamente al grado de discernimiento del incapacitado (artículos 210 y 287 del mencionado cuerpo legal), y de la aplicación del artículo 291 del citado Código que dispone la aplicación a los curadores de “*las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores*”, ha de añadirse la opción del legislador estatal por dar entrada en el sistema de tutela al principio de autonomía de la voluntad, a la autorregulación del individuo en la configuración de aquél, siendo, en consecuencia, aplicable analógicamente lo dispuesto en el artículo 223 del Código Civil. De forma que todo lo determinado para la autotutela resulta trasladable a la autocuratela, incluso la crítica a la terminología empleada, pues sería más lógico hablar de autodelación de la curatela, que del vicio ya adquirido de denominarla autocuratela²¹⁹.

Desde esta perspectiva, uno mismo en la propia escritura de autotutela, además de nombrar tutor, puede nombrar curador, para el caso de que la eventual incapacitación le someta a curatela, o que sea revisada su incapacitación y se sustituya el régimen de tutela, precisamente, por el de curatela (artículo 287 del Código Civil). Menos probable resulta que sólo se otorgue escritura de autocuratela y se designe quien ha de ser el futuro curador²²⁰. En este contexto, siendo la más habitual la primera posibilidad reseñada, no es necesario que la misma persona que se ha nombrado como tutor lo sea para el cargo de curador. El Juez no viene obligado a nombrar curador a la misma persona que venía ejerciendo la tutela, pues los términos en que se expresa el artículo 292 del Código Civil determinan su carácter dispositivo, “*a menos que el juez disponga otra cosa*”. Se pueden designar personas distin-

²¹⁹ El profesor Pérez de Vargas abogaba, antes de la reforma y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, por su admisión. *Vid.*, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, p. 960.

²²⁰ Además de otras disposiciones personales y patrimoniales para el caso que resulte sometido a curatela.

tas para ocupar cualquiera de los dos cargos. Y pueden ser nombradas para tales cargos, tanto personas físicas como jurídicas, pues la misma libertad en el nombramiento tiene lugar cuando se trata de tutor como de curador, con las limitaciones lógicamente para las personas jurídicas, fijada en el artículo 242 del Código Civil²²¹.

No sería posible, sin embargo que en la misma escritura se determinase anticipadamente qué actos de naturaleza patrimonial puede realizar por sí solo el futuro incapacitado y cuáles para su conclusión requieren la intervención del curador. Pues la determinación del contenido, en función de su grado de discernimiento, corresponde exclusivamente al Juez.

Si bien, aunque como tantas veces hemos reiterado, la Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela convierte a la autoridad judicial en el eje fundamental de las instituciones tutelares; acorde con el principio que hoy informa nuestro ordenamiento en esta materia, el de tutela de autoridad, es posible plantear, tal como hemos hecho en líneas precedentes, la necesidad de flexibilización en determinados órdenes de la tutela, y más en concreto, en relación a los actos que necesitan autorización judicial. Tal planteamiento se podría trasladar a la curatela, en atención a la remisión a la esfera jurídica de la tutela que lleva a cabo el artículo 290 del Código Civil, en concreto a los actos que necesitan autorización judicial, cuando la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la asistencia de curador.

No obstante, aún partiendo del contenido esencialmente patrimonial de la curatela, y de que existe doctrina que admite la intervención del curador en la esfera personal

²²¹ En este mismo sentido, se expresan LUNA SERRANO, A.: "Previsiones negociales de protección de las personas mayores", *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, coordinadas por J. M. González Porras e I. Gallego Domínguez, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2001, p. 37; PÉREZ DE VARGAS, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", *op. cit.*, pp. 959-960, quien señala que al igual que ocurre con la autotutela "*de lege ferenda* debería ser también posible en nuestro Código Civil la 'autocuratela' (quien puede lo más, puede lo menos)"; CORRAL GARCÍA, E.: "Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores...", *op. cit.*, p. 33, nota 13.

del incapacitado²²², sería posible plantear en la escritura de autotutela por el propio autotutelado capaz una intervención en dicha esfera.

Parece que sobre la base del fundamento ya expuesto con relación a la autotutela y que resulta trasladable a la autotutela, de una plena libertad de actuación en quien puede llegar a ser en un futuro incapacitado, cualquier previsión que respete los límites legales que impone la regulación general de la tutela puede formar parte del contenido de la escritura de autotutela. Sin embargo, debe optarse más por una respuesta negativa, pues, además del hecho de que el curador no es representante legal del incapacitado, sino que le asisten en determinados actos esencialmente patrimoniales, hay que señalar un mayor grado de discernimiento presumible siempre en el curatelado, que le permite regir por sí mismo su persona; de ahí que el artículo 9.3a) de la Ley 41/2002, de Derechos del paciente, en relación con el consentimiento a tratamientos médicos, opte en estos supuestos por no excluir, en principio, su otorgamiento por el curatelado, todo ello siempre que a criterio del médico responsable de su asistencia sea capaz de tomar decisiones con relación a aquellos.

Ahora bien, conviene aclarar que tanto en este supuesto como en el de autotutela, lo que va a establecer en el correspondiente documento de otorgamiento es la designación de la persona que ha de ocupar ambos cargos tutelares; por supuesto, no se va a determinar de forma anticipada —pues es competencia exclusiva del Juez—, si como posible futuro incapacitado debe ser sometido a tutela o a curatela.

²²² A favor de la intervención, *vid.*, entre otros, GETE-ALONSO CALERA, M^a C.: “La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pp. 244 y 246; VENTOSO ESCRIBANO, A.: “La reforma de la tutela”, *op. cit.*, p. 116; MAJADA PLANELLES, A.: *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona 1985, pp. 150-151.

En contra, *vid.*, entre otros, LETE DEL RÍO, M.: “Comentario al artículo 289 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV., dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid 1985, p. 238; CASANOVAS MUSSONS, A.: “La contribución de la curatela al concepto de personalidad civil restringida”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, p. 88; MORENO QUESADA, B.: “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, p. 310.

Igualmente, tanto en la autotutela como, por ende, para este supuesto de autocuratela, el legislador estatal y el autonómico —si bien, en su caso, sobre la base expresa de ambas posibilidades—, parece haber tenido sólo en mente la posibilidad de una futura incapacitación²²³; siendo difícil trasladar la autoprevisión sobre la que se basa ésta y se sustentan cualquiera de aquéllas a los otros dos casos de curatela, previstos en el artículo 286 del Código Civil.

Ahora bien, tanto la designación de tutor, o en su caso, curador en previsión de una eventual incapacitación futura, como las demás disposiciones en relación con la persona o con el patrimonio, requieren para que resulten de aplicación, esto es, para su eficacia, que sobrevenga la circunstancia sobre la cual se ha basado su configuración, como es la declaración de la persona que ha realizado la autodelación de la tutela o curatela como incapacitada y su sometimiento a cualquiera de los institutos de guarda señalados, lo que sólo puede tener lugar por sentencia dictada tras un proceso judicial de incapacitación. Pero puede suceder que el contenido del documento de autotutela sólo contenga previsión para el sometimiento de la persona a tutela y no para curatela, es decir, solo se haya nombrado tutor, y por las condiciones físicas o psíquicas de la persona incapacitada la sentencia ha optado, en cambio, por nombrar curador en vez de tutor. Parece existir un sentir mayoritario en la doctrina favorable a que se conceda máxima eficacia a la declaración de voluntad manifestada en tal documento de autotutela, y su adecuación a la nue-

²²³ Debemos traer a colación las palabras de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw-Hill, Madrid 1997, p. 134, quien “Considera igualmente útil la figura de la curatela en aquellos casos en los que existe debilidad mental como consecuencia de la avanzada edad del incapacitado; en estos casos es preciso reconocer que existe un deterioro de las facultades mentales que se manifiesta, frecuentemente, en la dificultad para la toma de decisiones relativas fundamentalmente al ámbito patrimonial; presentan, en ocasiones, una excesiva dependencia del medio que les rodea, siendo especialmente influenciados en la toma de decisiones que les afectan. La determinación, en estos casos, de la curatela como sistema de guarda al que ha de quedar sometido el incapacitado, presenta grandes ventajas: el curador ejerce un control sobre la actividad patrimonial del incapacitado, previniendo posibles abusos, sin anular la iniciativa del sometido”.

va situación no específicamente prevista, de forma que, se nombre como curador a quien aparece designado como tutor, prescindiendo de la literalidad de la manifestación de voluntad realizada²²⁴.

9.3. ELEMENTOS FORMALES

El acto para el nombramiento de tutor, en general, y especialmente para uno mismo, debe estar revestido de toda suerte de garantías que le alejen de la sombra de duda que puede afectar tanto a su validez como a su eficacia. De ahí que deba formularse tal designación de manera solemne, sin que pueda llevarse a cabo mediante documento privado de clase alguna. Es por ello por lo que el legislador estatal ha optado en el artículo 223.2 por la exigencia de documento público notarial, lo que venía siendo ya una demanda mayoritaria en la doctrina. La autotutela, por tanto, ha de formalizarse en documento público notarial, que se conoce con el nombre de instrumento público, y más en concreto, debe revestir la forma de escritura pública y no de acta²²⁵. De hecho, a lo largo de nuestra

²²⁴ En esta línea, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, p. 959; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, 1006; PEREÑA VICENTE, M.: “La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?”, *op. cit.*, p. 3.

²²⁵ CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado...”, *op. cit.*, pp. 26-27; CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela...”, *op. cit.*, p. 2821; PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela...”, *op. cit.*, p. 967; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B.: “La autotutela”, *Actualidad Civil*, 2002-4, pp. 1280-1281; CORRAL GARCÍA, E.: “Algunas consideraciones sobre la protección de las personas...”, *op. cit.*, p. 35; DÁVILA HUERTAS, E.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 1324; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1004; VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003...”, *op. cit.*, p. 2; BELLO JANEIRO, D.: “La autotutela e incapacitación voluntaria”, en *La tutela de las personas mayores*, *op. cit.*, pp. 42-43; ROCA GUILLAMÓN, J.: “La protección de las personas mayores en el Derecho civil”, *Discurso leído el día 22 de octubre de 2004 en el acto de recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*, Murcia, 2004, p. 99; GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el derecho común español”, *op. cit.*, pp. 215-218, quien desaconseja tanto el acta de manifestaciones, como el testamento (esp. pp. 215-217); y se inclina definitivamente por la escritura pública (esp. p. 218); para el Derecho argentino, TAIANA DE BRANDI, N. A. y LLORENS, L.: “El derecho de autoprotección...”, *op. cit.*, p. 25, quienes consideran, *de lege data*, que “el único instrumento apropiado para tales disposiciones o estipulaciones es la escritura

exposición intencionadamente más de una vez nos hemos referido precisamente a la escritura pública, como la forma por excelencia en la que mejor se puede plasmar lo que representa la declaración de voluntad de autotutela. Como dispone el artículo 144 del Reglamento Notarial, el contenido propio de las escrituras “*son las declaraciones de voluntad*”, mientras que la órbita propia de las actas notariales “*afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada*”.

Como tal declaración de voluntad que es la autotutela, plasmada en escritura pública, debe ser hecha con todas las garantías de identificación, juicio de capacidad, legalidad de su contenido, etc., que caracterizan a este tipo de documento público notarial, correspondiendo al Notario verificar tales extremos, garantías y seguridades que siempre proporciona la intervención notarial²²⁶.

pública que asegura tanto la autenticidad como la libertad e idoneidad psíquica del disponente”; y, *de lege ferenda*, recomiendan una disposición (artículo 475 *bis in fine*) del siguiente tenor: “en todos los casos, los actos deberán otorgarse en escritura pública como forma *ad solemnitatem*”. *Vid.*, también de estos mismo autores, “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 68.

Igualmente, optan, si bien en relación con la tutela testamentaria, por excluir el acta notarial, VENTOSO ESCRIBANO: *La reforma de la tutela*, Madrid, 1985, p. 54; CANO TELLO, C.: *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, p. 46; y GARCÍA CANTERO, G.: “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *op. cit.*, p. 45. En contra, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 194, quien hace la siguiente afirmación: “De los demás documentos notariales (distintos del testamento), nos parece aceptable en el ámbito del Derecho común tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones”. Igualmente, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho Civil común”, *op. cit.*, p. 182, para quien la autotutela “es un negocio jurídico que encaja en la concepción reglamentaria que de las actas se contiene en el artículo 144.3 RN, ya que hay supuestos de actas en las que también hay inadecuación de la forma al fondo; ejemplo claro de esta inadecuación son las actas de depósito del artículo 217 del propio Reglamento Notarial”.

²²⁶ Sobre tal intervención en documentos de autorregulación de su contenido por el individuo, *vid.*, las conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en 1998, auspiciado por la Unión Internacional del Notariado Latino, con la participación de sesenta y siete países de Europa, Asia, África y América, siendo el tema II “Los derechos fundamentales del hombre y la misión del Notario”, y en el que se adoptó entre otra la siguiente conclusión: “*Que la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, pue-*

Por su parte, el artículo 172 del Código de Familia Catalán opta, igualmente, por la exigencia de forma solemne —si bien más concreta en su redacción que el Código Civil—, al imponer directamente la formalización en escritura pública notarial; de la misma forma que lo hace el artículo 42 de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Ahora bien, además, de esta forma de plasmación de la declaración de voluntad de autotutela, se ha planteado por algún autor, la posibilidad de ampliar el vehículo formal de su expresión, y, en consecuencia, determinar la admisión del testamento que, en el supuesto del abierto y cerrado, es también un documento público notarial. Así Rivas Martínez afirma que “no ve problema en utilizar el testamento como documento que contuviere esas disposiciones de autotutela, incluso siendo éstas el único contenido del mismo”²²⁷. Desde la fórmula genérica del artículo 223.2 del Código Civil no sería, en principio, improbable tal planteamiento; asimismo, en este mismo precepto en

*den organizarse de antemano con la intervención del notario; así como que para respetar el derecho a la autodeterminación de cada persona se pueda recurrir a medios de concertación y que los documentos notariales puedan incluir cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje redactadas por el notario” (vid., una Crónica de este XXII Congreso en *Gazeta de los Notarios*, n° 99, octubre-noviembre 1998).*

Asimismo, *vid.*, la ya citada VIII Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Veracruz, donde se adopta en relación al Tema III, igualmente mencionado, la siguiente primera conclusión: “*El Notario latino, jurista, como depositario de la Fe Pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor y controlador de la legalidad, es el instrumentador adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado, que debe ser suficiente en sí mismo*”. (Véase, las conclusiones de esta VIII Jornada, en la *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1998, n° 26, p. 417).

²²⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 188. De nuevo este argumento lo reitera cuando afirma que “es evidente que las disposiciones sobre autotutela son disposiciones ‘atípicas’ que no se desnaturalizan por su inclusión en un testamento. Creemos que esas disposiciones de autoprotección pueden estar incluidas en el testamento, no quedando desnaturalizadas, incluso cuando sea el único contenido” (pp. 189-190).

En esta línea, SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, J. M^º: “La institución tutelar”, *op. cit.*, p. 463, quien indica que, una vez nombrado el autotutor en testamento, el notario deberá remitir dos partes, una la habitual al Registro General de Actos de última Voluntad del Ministerio de Justicia y la otra al Registro Civil del lugar donde esté inscrito el nacimiento del testador, conteniendo sólo la indicación referente al nombramiento del tutor. En el propio Registro contarían también las posibles revocaciones de anteriores nombramientos.

su apartado 1º se establece como modalidades de expresión de la voluntad de los padres en torno al nombramiento de tutor para sus hijos menores de edad o incapacitados tanto el testamento como el documento público notarial. Sin embargo, aunque en el artículo 171 del Código de Familia Catalán se disponga como posibilidad de diferir la tutela ordinaria tanto por testamento o codicilo como por escritura pública y por resolución judicial, sin embargo, en la autotutela se aparta de esta regulación general y se inclina, en los términos indicados, sólo y exclusivamente por la escritura pública (artículo 172).

En este punto, resulta claro que, en atención a lo que representa esta declaración de voluntad que es la autotutela y el hecho de que su eficacia tenga lugar *inter vivos* —pues supone organizar anticipadamente por uno mismo su tutela, para el caso de que en un futuro resulte incapacitado—, difícilmente se lograría con el testamento, aunque fuera el único contenido del mismo, ya que, como negocio *mortis causa*, no produce efectos sino a partir de la muerte de su autor, momento en el cual la designación de tutor tiene ya poca eficacia²²⁸. Además, aún del efecto de la relativa publicidad que del testamento se puede tener en el Registro de Últimas voluntades, como de lo dispuesto, en este sentido, en el artículo 226 del Reglamento Notarial²²⁹, y de la opción más segura que representa la forma de testamento abierto, no le priva a éste de su carácter

²²⁸ Sorprende que el notario Rivas Martínez, firme partidario del testamento como forma de otorgar la autotutela, achaque como un inconveniente, precisamente que el testamento no produce efecto hasta la muerte de su autor, y, pese a ello, siga a lo largo de su estudio manteniendo la posibilidad de aquél, para contener previsiones de autoprotección como es la autotutela. *Vid.*, “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 188.

²²⁹ Artículo 226 del Reglamento Notarial: “*En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial, podrán obtener copia del testamento.*”

Fallecido, tendrán derecho a ella, además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o ser nulo, o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado.

Este derecho es aplicable a la representación del Estado.

Se entiende por herederos forzosos, a tales efectos, únicamente a los comprendidos en los dos primeros números del artículo 807 del Código Civil”.

de negocio jurídico *mortis causa*, y, por tanto, de la falta de efectos en vida del autotutelando; ni, en fin, el hecho —si bien referido a la delación testamentaria del tutor en el Código Civil, y puesto de manifiesto por un sector doctrinal (Álvarez Caperochipi y Castán, apoyándose ambos en García Cantero) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 741 del Código Civil—, donde se sostiene que la revocación del testamento, valga la redundancia, no revoca el llamamiento a la institución tutelar; pues no resultan equiparables la irrevocabilidad del reconocimiento de un hijo dispuesto en el citado precepto con esta disposición de tutor para cualquiera de los hijos²³⁰. Lo que, trasladado a la autotutela, tampoco sería posible dicha equiparación con lo que representa la disposición tutelar para uno mismo, y, además, mientras, el reconocimiento hace referencia a un hecho anterior, tiene proyección en el pasado, aunque el hecho se documente después, la disposición autotutelar mira al futuro, es revocable, y si se hiciera en testamento, se determinaría su ineficacia.

En consecuencia, siendo conscientes de lo que representa el acto de autotutela y su eficacia como declaración de voluntad en vida del disponente —en concreto, cuando se produzca la situación prevista por la misma—, la intervención del Notario en el negocio constitutivo de aquélla queda cubierta suficientemente con la formalización en escritura pública, sin que el testamento, como forma también de expresión de voluntad del individuo y prototipo de

²³⁰ ROGEL VIDE, C.: “Comentario al artículo 223 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, T. I, Madrid 1991, p. 698, quien, aludiendo a la existencia de este sector doctrinal, afirma “yo no entiendo bien la tesis de estos autores ni el argumento que la sostiene. Sabido el carácter excepcional del artículo 741 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el 737, creo que una cosa es reconocer a un hijo y otra muy distinta designar para el mismo, como tutor, a una persona en la que bien se puede haber perdido la confianza posteriormente”.

Por su parte, en este mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: “Disposiciones y estipulaciones...”, *op. cit.*, p. 193, señala que “si en el testamento posterior nada se dice sobre la compatibilidad del nuevo y el anterior y no se salva expresamente de la revocación el nombramiento precedente, éste se entenderá totalmente revocado por el otorgamiento del testamento posterior, lo que no es más que la simple aplicación de la doctrina que se desprende del artículo 737 del Código Civil”.

los negocios *mortis causa*, sirva para cumplir con la finalidad de tal institución²³¹. Asimismo, la publicidad en el Registro Civil con que se le dota a tal instrumento público de autotutela, tras la última reforma por Ley 41/2003, prevista en el artículo 223.3 del Código Civil, como su posible revocación, evita los posibles inconvenientes achacados desde determinadas instancias doctrinales, si bien referidos principalmente al documento público notarial de ordenación de la tutela por los padres respecto de sus hijos menores de edad o incapacitados, sobre la posible falta de conocimiento del mismo por terceros, a diferencia del testamento²³².

No obstante, sobre la base de lo expuesto, aunque pudiéramos plantearnos que fuera posible que el apoderado especial al que se refiere el artículo 226 del Reglamento Notarial fuese el nombrado en apoderamiento preventivo en los términos previstos en el nuevo artículo 1732.2 del Código Civil, y, por tanto, una vez incapacitado el poderdante (testador) pudiese obtener copia del testamento abierto —obviamente, en nombre del testador—, al haberse mantenido expresamente la subsistencia de tal poder, o se tratase del mandatario con poder especial otorgado ante Notario al que se expide certificación de tal testamento en los términos en que se expresa el artículo 5.2 del Anexo II del citado Reglamento, y existiese, además, en el seno de la doctrina, acuerdo unánime relativo a que la revocación posterior del testamento no afecta a las disposiciones en él contenidas de autotutela, en principio, parece

²³¹ En el mismo sentido, ROMEO CANDA, P. A.: “Posibilidades de autoprevisión...”, *op. cit.*, p. 458, quien considera que la autodelación en testamento “no tendría sentido, y ni siquiera sería conveniente”. Asimismo, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 967; MARTÍNEZ GARCÍA, M. A.: “Reflexiones sobre la autotutela...”, *op. cit.*, p. 52; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1005; MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, p. 184; ROCA GUILLAMÓN, J.: “La protección de los mayores en el Derecho Civil”, *op. cit.*, pp. 99-100; CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Primera regulación de la autotutela...”, *op. cit.*, p. 2821, que excluye el testamento no notarial aun con el *plus* de autenticidad (por ejemplo, ológrafo adverbado).

²³² *Vid.*, MAJADA PLANELLES, A.: “La incapacitación, la tutela y sus formularios”, *op. cit.*, p. 54.

que no debería dudarse de la eficacia de la autodesignación hecha en testamento. Si bien, por razones prácticas, y por las dificultades añadidas que entraña tal documento público *mortis causa*, que hemos apuntado, seguirían, de nuevo, abogando por determinar que el testamento no es el vehículo formal más apropiado para regular relaciones *inter vivos*, y, reiteramos, del negocio de autotutela²³³.

Concluyendo como válido instrumento de formalización de aquélla —la escritura pública—, resulta lógico que el contenido de ésta deba estar exclusivamente centrado en lo que representa la autotutela, es decir, en el hecho claro que la designación de tutor o cualquier otra disposición sobre la persona o bienes del autotutelado deba constituir su único objeto. No obstante, es posible plantearse la posibilidad de que tal designación forme parte como una cláusula más en una escritura pública donde se contenga otro negocio distinto al de tutela. En principio, tanto la regulación que nos ofrece el Código Civil en el mencionado artículo 223.2, como la que nos proporciona, igualmente, el Código de Familia Catalán, en su artículo 172, y la Ley de Derecho Civil de Galicia, en su artículo 42, no cuestionan ni impiden tal posibilidad, pues en todos ellos no se exige expresamente como requisito a observar que el contenido de la escritura pública tenga por objeto único la designación de tutor²³⁴. Si bien es cierto que resulta más aconseja-

²³³ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: “¿Existe la posibilidad de autotutela...?”, *op. cit.*, p. 351, aún mostrándose partidario de que el testamento no puede ser instrumento “aplicable para la tutela fiduciaria, porque no podría discernirse sino después de haber muerto el otorgante”, opta, a continuación, por calificar al acto *inter vivos*, mandato tutelar, por sus grandes similitudes con la designación testamentaria de tutor, como “cuasitestamento” (p. 352).

²³⁴ En este mismo sentido, si bien antes de la actual reforma del Código Civil, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 967-968, quien no ve problema en que así sea. Con la Ley 41/2003, BELLO JANEIRO, D.: “La autotutela e incapacidad voluntaria”, en *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 47.

Del mismo modo piensan, si bien referido a la tutela testamentaria, PÉREZ SAUQUILLO PÉREZ, M.: “Reflexiones sobre la reforma de tutela...”, *op. cit.*, p. 444; CANO TELLO, C.: “La nueva regulación de la tutela e instituciones afines”, *op. cit.*, p. 46; ROGEL VIDE, C.: “Comentario al artículo 223 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 699; VENTOSO ESCRIBANO, A.: “La reforma de la tutela”, *op. cit.*, p. 54; y MAJADA PLANELLES, A.: “La incapacidad, la tutela, y sus formularios”, *op. cit.*, p. 54, quien precisa que “no expresa el artículo 223 del Código si ha de tratarse de do-

ble centrar, por la trascendencia del acto, el contenido de la escritura pública sólo en la designación de tutor y demás disposiciones sobre su persona y bienes, si lo que se pretende es llevar a cabo una escritura de autotutela, ello no es óbice para que en una misma escritura, por ejemplo, de apoderamiento preventivo se contenga también la designación de tutor, o que el contenido de aquélla lo conforme, además de esta designación, la expresión de lo que se conoce como instrucciones previas o, también llamadas, voluntades anticipadas; o que se trate de una disposición complementaria a una escritura de donación²³⁵. Lo que está claro es que mientras se cumpla con la exigencia de su plasmación formal en escritura pública, que el contenido lo conforme sólo la designación de tutor o algo más no van a privar de validez y eficacia al acto.

Por otra parte, es posible que, aunque el artículo 223 del Código Civil hable sólo de menores o incapacitados, como indica Lete del Río²³⁶, los padres puedan ordenar disposiciones como las contempladas en el citado artículo respecto de sus hijos mayores de edad no incapacitados para el caso de que lleguen a estarlo. Si, admitiendo esto, se diera el caso de que los hijos mayores de edad no incapacitados otorgasen, asimismo, una escritura de autotutela donde designasen como tutor suyo a una persona de su confianza, distinta de la establecida por padres, cabe preguntarse ¿cuál de las dos designaciones sería la preferen-

cumento notarial autónomo, que especialmente haya de tener por objeto la ordenación tutelar. Claro está que sería insólito encontrarse con ésta en un documento notarial cualquiera, que no tuviera esa finalidad concreta y sin relación alguna con el derecho de familia, aunque no por ello dejaría de ser válida... de no tratarse de un documento autónomo, lo más frecuente será que las cláusulas tutelares se inserten en una escritura de capitulaciones matrimoniales”.

En contra, referido a la autotutela, CAMPO GÜERRI, M. A.: “La autoprotección del discapacitado...”, *op. cit.*, p. 27, quien aconseja que, por la trascendencia del acto, se trata de una escritura destinada exclusivamente a regular la autotutela.

²³⁵ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 967, nota 98, cita como ejemplo, “escritura pública de usufructo, en la que se recoge una disposición complementaria que aprovechamos para nombrar nuestro tutor en previsión de una eventual incapacitación”.

²³⁶ Citado por ROGEL VIDE, C.: “Comentario al artículo 223 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 698.

te, en el caso que tuviese lugar una declaración de incapacidad del hijo mayor de edad? La respuesta se debería orientar a favor de la llevada a cabo por el hijo, pues, pese a que la designación hecha por los padres se ha hecho pensando en el interés y beneficio del hijo, lo cierto es que tanto ésta como, sobre todo, aquélla ha tenido lugar, siendo el hijo mayor de edad y no incapacitado, y quién mejor que uno mismo para asumir la responsabilidad que conlleva la escritura de autotutela, y, en consecuencia, para saber quien es la persona más adecuada y de confianza para ser su tutor y para configurar, en todo caso, dentro de los límites legales, tanto el contenido personal como patrimonial que representa la tutela²³⁷. No obstante, nada impide que, si a criterio del juez, y excepcionalmente, llegase a resultar más beneficiosa para el interés del autotutelado la designación hecha por los padres, se optase por ella.

Finalmente, hemos de señalar que de otorgarse escritura de autotutela no es requisito determinante para su perfeccionamiento la necesidad de aceptación del cargo por el que es designado como tutor. García Granero indica que una aceptación de este tipo, si algún valor tendría sería “el de proporcionar una tranquilidad de espíritu para el otorgante”, pero sin ninguna eficacia vinculante para el aceptante²³⁸. La perfección del citado negocio de autotutela tiene lugar en el momento mismo en que la declaración de voluntad del autotutelando es emitida y queda plasmada en la escritura con los requisitos y exigencias formales expuestas con anterioridad. Su constitución, en cambio, se producirá, una vez concluido el proceso de incapacitación, y recaída la correspondiente sentencia, al procederse por el Juez mediante auto al nombramiento del tutor o tutores, que podrán ser aquel/os designado/s en la escritura de autotutela, y es, en este momento, cuando éste o éstos de-

²³⁷ En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 946, nota 37, quien en línea de principio aboga por que debería prevalecer *de lege ferenda* la hecha por el hijo en el negocio de autotutela.

²³⁸ GARCÍA GRANERO COLOMER, A. V.: “La autotutela en el Derecho común español”, *op. cit.*, pp. 226-227. De la misma opinión, PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 970-971, quien considera que tal aceptación carece de valor por ser absolutamente extemporánea.

ben aceptar el cargo o excusarse por algunas de las circunstancias previstas en los artículo 251 y siguientes del Código Civil.

10. EFICACIA DE LA AUTOTUTELA. SU VINCULACIÓN PARA LA AUTORIDAD JUDICIAL

La autotutela, como plasmación de la autonomía del individuo, permite establecer el régimen de la tutela con plena libertad —en los términos indicado en líneas precedentes y que reiteramos— con respecto al nombramiento de tutor, o en su caso, curador, designando la/s persona/s que van a desempeñar el cargo, o excluyendo a otra/s, para que actúen de forma conjunta o individual, o en sustitución de unos y otros; así como la creación de otros organismos tutelares (de fiscalización, defensor judicial); señalar los derechos y obligaciones, las prohibiciones y las atribuciones y retribuciones, en su caso, del tutor o curador, así como los plazos y condiciones que deben cumplir quienes acceden a tales cargos. Con tal alcance, y respetando los límites legales, tiene la autotutela la misma eficacia que la que el sistema otorga en general a la tutela, y está sujeta, asimismo, a las normas generales sobre relatividad, eficacia y obligatoriedad de las declaraciones de voluntad; y requiere, para desplegar sus efectos, la declaración de incapacitación que opera como una *conditio iuris*²³⁹.

Ahora bien, cabe preguntarse si esta autorregulación de la tutela, plasmada en la escritura pública de autotutela y con el contenido expuesto, vincula al Juez, pues, es a quien, en definitiva, le corresponde constituir la tutela.

De nuevo, la regulación del Código Civil guarda silencio en torno a esta cuestión, cosa que no sucede con la legislación catalana. En el artículo 178 del Código de Familia

²³⁹ JIMÉNEZ CLAR, A. J.: “La autotutela y los apoderamientos preventivos”, *op. cit.*, p. 134.

Catalán se indica: “*si no hay tutor o tutora nombrado por la propia persona interesada o por el padre y la madre, o si la persona designada es incapaz para ejercer el cargo, se excusa o es removida del mismo, corresponde a la autoridad judicial dicha designación. También le corresponde, en los mismos supuestos, la del titular de la administración patrimonial, si lo estima conveniente*”. Y en el artículo 179 del mismo Código, referido a la delación del cargo de tutor, permite al juez, en su apartado 2, modificar el orden establecido en el apartado anterior. Pero esa facultad modificadora no alcanza a la designación de tutor por el propio interesado, pues en la enumeración del apartado primero no se incluye precisamente a la autotutela, a la que sí se refiere el artículo 178. De ambos preceptos se desprende, pues, la vinculación del juez a la designación hecha por el autotutelado²⁴⁰; solo si no se ha nombrado tutor por la propia persona interesada o por sus padres, es entonces cuando le corresponde a la autoridad judicial la designación de tutor.

Por su parte, en esta línea, si bien, de forma expresa, el artículo 45 de la Ley de Derecho Civil de Galicia dispone que: “*Las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores vincularán al juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada*”.

Resulta posible trasladar la postura adoptada por el legislador catalán y gallego al campo del Derecho común. A falta de una regulación específica, como hemos indicado, habríamos de intentarlo desde la regulación general de la tutela. Como es bien sabido y tantas veces hemos hecho referencia, el sistema de tutela de autoridad, de tutela judicial, introducido por la Ley 13/1983, determina que es el Juez, en última instancia, quien decide toda la cuestión relativa a la tutela de los incapaces, y quedará, en principio, vinculado, tal como establece el artículo 224 del Cód-

²⁴⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 4ª, de 12 de mayo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté (*RJ 2003/6318*), Fundamento de Derecho 5º.

go Civil, por las disposiciones previstas en el artículo 223 del mismo cuerpo legal, entre las que se encuentran las designaciones hechas por el autotutelado. Pero, asimismo, se dispone que las “funciones tutelares se ejercerían en beneficio del incapacitado” (artículo 216); beneficio o interés del tutelado que se reitera en otros preceptos reguladores de la tutela. Así, siempre se debe tener en cuenta, tal como indica el citado artículo 224, “el beneficio del menor o incapacitado”, “lo que se considere más conveniente para el tutelado” (artículo 225), “el beneficio del tutelado” (artículo 233), “el beneficio del incapacitado” (artículos 234.2, y 235, 239, 246); y no cabe duda que estas recomendaciones obligan también a los jueces que deberán apreciar las circunstancias de su aplicación. De modo que, si el régimen de la tutela, y, por ende de la autotutela debe estar presidido por el interés o beneficio del tutelado/autotutelado, tal beneficio o interés, en principio, ha de presumirse que existe, si es uno mismo quien decide en la escritura de autotutela su tutor o curador, y demás circunstancias indicadas, que pueden conformar el contenido de la tutela, pues nadie mejor que uno mismo para saber lo que le conviene²⁴¹. Si tal beneficio o interés conforman la designación de la persona que se quiere como tutor para que se ocupe del cuidado de la persona y de la gestión de sus bienes, tal decisión debería vincular al juez (artículo 224).

Por tanto, *de lege data*, podríamos afirmar que, en principio, también en el campo del derecho común, la autotutela vincularía al juez, máxime, además, si han sido excluidas determinadas personas para el cargo tutelar.

Ahora bien, esta vinculación no es absoluta, en ambas legislaciones, pues, si las circunstancias sobre las que se

²⁴¹ En esta misma línea, BADOSA COLL, F.: “Autotutela”, *op. cit.*, p. 929, quien añade que “se ha eliminado la eficacia extintiva de la incapacitación respecto del mandato (nueva redacción del artículo 1732.3º), de manera que si las decisiones tomadas por una persona para la gestión de sus asuntos no se extinguen ‘por’ su incapacitación, no hay motivo para que no sean eficaces las que tome precisamente ‘para el caso’ de su incapacitación”.

Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 22 de abril de 2003 (AC 2003/2030). Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

basó aquella designación o, en su caso, la exclusión han variado o se han modificado sustancialmente, y pueden, precisamente, deparar algún perjuicio al incapacitado, se debe permitir a la autoridad judicial prescindir de tal designación²⁴². No obstante, esta revisión de la escritura de la autotutela²⁴³, tendría lugar, en el caso, por ejemplo, de indignidad o de condena del designado por cualquier causa, o de una amistad que se torna en enemistad actual, o de separación o divorcio del cónyuge al que se nombró tutor, o, en fin, cualquier otra situación que se haya producido con posterioridad al acto dispositivo, o que, habiéndose producido con anterioridad, el ordenante no la hubiera conocido; siempre que todo ello hubiera tenido lugar antes de la incapacitación, pues, si los eventos son posteriores a ésta, ya se regirán por las normas generales de la tutela: remoción, etc. En todo caso, la decisión judicial habrá de ser rigurosamente argumentada, valorada y motivada, como exige el artículo 234.2 del Código Civil para el caso de alterar el orden de nombramiento hecho por otras personas, incluso por el mismo tutelado; y, asimismo el ar-

²⁴² En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 23 de noviembre de 2007 (AC 2008/136). Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, no designa el Juez a la nieta doña Edurne nombrada como tutora por la declarada incapaz en escritura de autotutela de fecha de 16 de diciembre de 1999, ulteriormente revocada por otra de 27 de mayo de 2004, en la que se reiteraba de nuevo tal nombramiento, por entender que existe una absoluta falta de aptitud para el desempeño responsable de la tutela y en beneficio de la incapacitada, especialmente en el ámbito patrimonial, pues desde hace tiempo la Sra. Edurne ha procedido en detrimento de los intereses de su abuela, a quien ha vaciado de la práctica totalidad de su patrimonio en beneficio suyo, conociendo, y en consecuencia, prevaliéndose de su evidente disminución de facultades para conocer y entender el alcance de las decisiones tomadas (*Fundamento de Derecho segundo*).

Se considera eficaz, sin embargo, el nombramiento en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004/287432). Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors, por responder al interés o beneficio del tutelado, al ser la persona nombrada la más idónea para desempeñar el cargo de curador; si bien, se pone de manifiesto previamente que “la delación voluntaria de un cargo tutelar, realizada por el declarado posteriormente incapaz es de obligado cumplimiento por el órgano jurisdiccional, a tenor de lo estatuido en los artículos 172, 178, 238 y 239 del Codi de Família, siempre que no concurran ninguna causa de incapacidad o inhabilidad para el ejercicio del cargo por parte de la persona designada” (*Fundamento de Derecho segundo*).

²⁴³ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, pp. 961-962.

título 45 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, cuando dispone que vincula al juez al constituir la tutela lo establecido por el tutelado (incapacitado), “salvo que el beneficio del mismo exija otra cosa, en cuyo caso se hará mediante resolución motivada”²⁴⁴.

De tener lugar este juicio de revisión, y, por tanto, nombrar el juez a otra persona distinta de la designada como tutor en la escritura de autotutela, no se impide a éste, como acertadamente indica Pérez de Vargas, recurrir la decisión judicial que pretenda apartarle de la tutela del ahora incapacitado²⁴⁵.

11. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN

El acto de autotutela puede variarse en su alcance por el otorgante antes de su incapacitación tantas veces como se quiera. Por supuesto, no sería recomendable que dicha variación o modificación tuviera lugar cuando está cercano en el tiempo la iniciación del proceso de incapacitación, pues es más fácil que se dude de la capacidad de quien lo otorga, para emitirlo. No olvidemos que muchos de quienes tienen legitimación para otorgar escritura de autotutela, cuando hicieron uso por primera vez de tal legitimación, se hallaban en plenitud de sus facultades mentales, aunque ahora padezcan enfermedades degenerativas. Ya

²⁴⁴ Señala a este respecto ROCA GUILLAMÓN, J.: “La protección de los mayores en el Derecho civil”, *op. cit.*, pp. 102-103, que “aunque el Juez debe respetar la voluntad del incapacitado y no debe nombrar a quien aquél excluyó (...), el arbitrio judicial al que sin duda hay que reconocer todo el amplio margen que requiere un sistema de tutela de autoridad, como lo es el nuestro desde 1983, resulta modulado en esta materia por el respecto al interés y beneficio del incapacitado, por lo que queda aquí hasta cierto punto supeditado a la existencia de esa declaración de voluntad del propio incapacitado”. Pero, según le parece al autor, “no hasta el extremo de impedirle llegar a contradecir aquella voluntad, en el improbable supuesto de que resulte imposible el nombramiento de otra persona, incluso jurídica, de manera que, ineludiblemente, el juez se viera obligado a nombrar tutor a aquella persona no deseada”. Considerando, en conclusión, por las razones aludidas, que “el juez puede excepcionalmente, en resolución motivada, no seguir las instrucciones positivas del incapacitado, y proceder al nombramiento del tutor que considere idóneo, de acuerdo con el fin último de la búsqueda del beneficio del tutelado”.

²⁴⁵ PÉREZ DE VARGAS, J.: “La autotutela”, *op. cit.*, p. 962.

expusimos, cuando tratamos los caracteres de la misma, que como declaración de voluntad podría revocarse de forma análoga a la testamentaria, siendo, por tanto, la última declaración emitida y plasmada en la correspondiente escritura la que debería tenerse en cuenta.

Ahora bien, esta modificación puede provenir tanto del propio ordenante de la autotutela, funcionando, en consecuencia, el sistema revocatorio señalado, como de la propia autoridad judicial. En este último caso, como hemos expuesto en el anterior epígrafe, en el momento de constitución del organismo tutelar, y atendiendo a una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por el sujeto al emitir su declaración de autotutela, el juez puede llevar a cabo una revisión, siempre pensando en el beneficio del autotutelado. Pensemos en el trascurso de un lapso de tiempo entre la emisión de la declaración de voluntad de la autotutela, y su aplicación efectiva al supuesto, pues, durante ese tiempo pueden haber variado de manera sustancial las circunstancias objetivas y subjetivas tomadas en consideración para la prestación de aquélla. En este contexto, señala Dávila Huerta que, en todo caso, la facultad de modificar del juez alcanza sólo a las personas encaminadas al ejercicio de la tutela, no al régimen que se haya establecido y a las limitaciones o condiciones que se hayan impuesto²⁴⁶. Un parecer cercano con lo que representa la opción del legislador por regular esta institución y de dotarla de la máxima efectividad. En este sentido, cualquier alteración de las circunstancias no debe conducir sin más a la total ineficacia de la autotutela en su conjunto, sino que al menos deben mantenerse subsistentes aquellas disposiciones que no se vean afectadas necesariamente por aquélla. Se debe procurar salvaguardar en todo lo posible lo dispuesto por la voluntad del autotutelado plasmada en la escritura de autotutela. De forma que, si sólo es la persona designada no idónea para asumir el cargo, por aquella variación de las circunstancias, la que debe ser objeto de revisión por el Juez, no pa-

²⁴⁶ DÁVILA HUERTA, E.: "La autotutela...", *op. cit.*, p. 1325.

rece que la misma deba alcanzar también a las demás partidas que conforman dicha escritura, por ejemplo, al sistema específico de administración de los bienes que se fijo en la escritura, y que se encomendó, precisamente, a dicha persona²⁴⁷.

Como igualmente se ha indicado en el anterior epígrafe, dicha revisión, puede ser recurrida por quien designado por el autotutelado, sin embargo, por decisión judicial, se le aparta de la misma.

Ahora bien, hemos partido de un conocimiento directo de la modificación sustancial de las circunstancias por el Juez, pero éste puede no tener tal conocimiento. Siendo de nuevo más previsor el Código de Familia catalán, el artículo 172.2 legitima expresamente a las personas llamadas a ejercer la tutela o al Ministerio Fiscal a poner en conocimiento de aquél, tal cambio sustancial de las circunstancias, permitiendo precisamente a éstos la impugnación de los nombramientos y exclusiones, “*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*”.

Es posible de nuevo trasladar esta solución al ámbito del Derecho común. Desde las disposiciones de la tutela en general, dos preceptos reformados por la Ley 41/2003, el artículo 234 del Código Civil, referido a las personas llamadas a ejercer el cargo de tutor por la ley, y el artículo 757 apartado 1 de la LEC, que hace referencia a quienes están legitimados para promover el proceso de incapacitación, en combinación con el artículo 759 también de esta Ley adjetiva, determina que —ante situaciones como las descritas donde se constata un cambio sustancial de las circunstancias sobre las que se basó el ahora incapacitado para depositar su confianza—, quienes mejor conocen dichas modificaciones y la situación de la que inicialmente partió el futuro incapacitado son aquellos parientes más

²⁴⁷ De la misma opinión, asimismo, VAQUER ALOY, A.: “La autotutela en el Código Civil...”, *op. cit.*, p. 4.

próximos que pueden tanto ser llamados para ejercer la tutela como legitimados para promover la incapacitación, siendo el momento procesal oportuno, aquel al que se refiere el citado artículo 759, que es cuando se da audiencia en el procedimiento a tales parientes. Por tanto, sea directamente, sea a través del Ministerio Fiscal, pueden estos parientes, sobre la base legal expuesta, impugnar también en el derecho común la delación realizada por el autotutelado; para ello deberán probar que dicha modificación de las circunstancias ha tenido lugar y que, respecto a la situación inicialmente prevista, se constata un claro perjuicio para el futuro incapaz.

12. PUBLICIDAD

El requisito formal y solemne de otorgamiento de escritura de autotutela ha de completarse con las previsiones que resulten de lo dispuesto en el artículo 223.2 del Código Civil a efecto de publicidad de tales documentos. A tenor del citado precepto, los documentos públicos de constitución de la autotutela se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. Esta indicación tiene mera eficacia probatoria, gozando de un carácter esencialmente informativo²⁴⁸. De esta forma, ante un procedimiento de incapacitación, el juez que conozca del mismo recabará certificación del Registro Civil, y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad —cuando se trata de testamentos otorgados por los padres con relación al nombramiento de tutor para sus hijos menores o incapacitados—, a efectos de comprobar la existencia o no de las disposiciones relativas a la designación de tutor por la persona que es objeto del proceso de incapacitación.

El legislador estatal —sobre la base de la reserva como competencia exclusiva del Estado de la materia relativa a

²⁴⁸ BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1005.

la ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8 *in fine* de la CE)²⁴⁹— ha preferido optar por el Registro Civil como instrumento de publicidad de la autotutela²⁵⁰.

13. EXTINCIÓN

Estamos ante un supuesto de tutela, si bien caracterizado por la especialidad subjetiva de quien lo otorga de ahí que resulten aplicables toda la normativa general del Código Civil en relación con la materia, y, por tanto, a tenor del artículo 276.3, la autotutela se extinga “*por el fallecimiento de la persona sometida a tutela*”, así como “*por dictarse resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela*” (artículo 277.2).

A estas causas, habría que añadir los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento o incapacitación del tutor; el que sobrevengan causas de excusa en el ejercicio del cargo (artículo 255); o que aquél, asimismo, incurra en causa de remoción (cuando tenga lugar cualquiera de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 243 y

²⁴⁹ Atendiendo a tal reserva, no se prevé nada sobre la publicidad de los documentos de autotutela en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Y en el Código de Familia Catalán se regula únicamente en los artículos 251 y 252 “el Registro de nombramientos tutelares no testamentarios”, organizado por Decreto 360/1996, de 12 de diciembre.

²⁵⁰ A favor de este sistema se muestran: CORRAL GARCÍA, E.: “Algunas consideraciones sobre la protección de personas mayores”, *op. cit.*, pp. 38-39; BUSTO LAGO, J. M.: “La autotutela y la situación de ausencia no declarada”, *op. cit.*, p. 1005. No así, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, *op. cit.*, pp. 971-973, que entiende que debería haberse adoptado una solución “a la catalana” y crearse un Registro especial al que los notarios vendrían obligados a dar cuenta de las escrituras de autotutela que vayan autorizando. Ni tampoco, SORIANO CAMPOS, R.: “Autotutela. Algunas notas sobre esta nueva figura jurídica”, *op. cit.*, pp. 135-136; ni MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “La autotutela en el Derecho civil común”, *op. cit.*, pp. 185-186, quien recuerda como en el Borrador del Proyecto de Ley de protección del patrimonio del discapacitado —versión 18/02/02— inspirándose en el sistema catalán, en su Disposición Final sexta, se inclinaba por la creación de un Archivo de Voluntades Anticipadas, de Autotutelas y Poderes Preventivos a cargo del Consejo General del Notariado.

244); o se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o porque el ejercicio del cargo, haya hecho notoria su ineptitud para el mismo (artículo 247)). En estos casos no se extingue el instituto de la tutela, sino que tales causas determinan el cambio del titular y el nombramiento de un nuevo tutor.