

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



LA AUTODELACIÓN DE LA TUTELA

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Emilio Durán Corsanegro

Bajo la dirección del Doctor:

Manuel García-Amigo

Madrid, 2003

ISBN: 84-669-2313-6

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

TESIS DOCTORAL

LA AUTODELACION DE LA TUTELA

Dirigida por el Profesor Dr. Manuel García Amigo
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Emilio Durán Corsanego

Madrid, abril 2002

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

T E S I S

QUE SE PRESENTA PARA LA OBTENCION DEL GRADO DE

D O C T O R

Tema: LA AUTODELACION DE LA TUTELA

S U M A R I O

I. Consideraciones preliminares.

A/ Posición de Alonso Martínez ante los cambios de las humanas sociedades. 12.

B/ La *inmovilidad* del Derecho Civil Positivo. 13.

C/ La dualidad *incitación-respuesta*: Camy y Arnold B.Toynbee. 14.

D/ Invitación final. 15.

II. La realidad social de nuestro tiempo. Problemas que plantea.

A/ Las esperanzas de vida en el umbral del siglo XXI.

1. Seis mil millones de habitantes en el planeta. 16.
2. Informe de las NN.UU. sobre el estado de la población mundial. 17.
3. Expectativas de vida para los españoles. 18.

B/ El envejecimiento de la población.

1. 1999, *Año Internacional de los Ancianos*. 21.
 - a/ Versiones pesimistas y optimistas ante la vejez. 22.
 - b/ Informe de las NN.UU. 24.
 - c/ Factores que influyen en el envejecimiento. 25.
2. La lucha contra la enfermedad. 26.
3. *Dar vida a nuestros años, no años a nuestra vida*. 26.
4. El envejecimiento como problema y como empresa. 28.
5. Las fronteras de la vejez. 29.
6. Ejercicio físico y mental. *Activemos la mente*. 31.
7. Ancianidad *activa* y ancianidad *pasiva*. 32.

C/ Factores de riesgo de incapacidad.

1. Enfermedades emergentes y reemergentes. 34.
 - a/ Enfermedades neurodegenerativas. 35.
 - b/ La incapacidad progresiva. 43.
2. Causas externas. 44.
 - a/ la jubilación anticipada. 44.

- b/ desórdenes afectivos. 45.
 - c/ la soledad. 46.
 - d/ el acoso moral. 48.
3. Otros factores de riesgo de incapacitación. 50.
- a/ la contaminación acústica. 50.
 - b/ los accidentes laborales. 50.
 - c/ la llamada *apnea del sueño*. 52.
 - d/ los accidentes de tráfico y deportivos. 53.
4. Políticas previsoras de las Administraciones. 54.

D/ La *realidad social* en nuestro Derecho. 60.

- 1. En la creación de las normas. 61.
- 2. En la interpretación de las normas. 62.
 - a/ el artículo 3,1 del Código Civil. 62.
 - b/ juicio crítico. 64.

III. La Tutela, en general.

A/ El *iter* progresivo hacia la incapacidad. 66.

B/ Evolución histórica: el tratamiento de los enfermos mentales. 69.

C/ Soluciones del ordenamiento jurídico para su protección. 72.

D/ Carácter supletorio o subsidiario de las mismas. 73.

E/ Legislación española para la protección de incapaces. 74.

- 1. Código civil. 74.
- 2. Necesidad de la reforma. 76.
- 3. *Proyecto 1977*. 78.

4. *Primer Proyecto, 1981.* 78.

5. *Segundo proyecto.* Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. 79.

F/ **El interés del tutelado.** 80.

a/ Aspectos externo e interno. 81.

b/ Medidas. 84.

G/ **Incapacitación y tutela.** 84.

IV. La incapacitación.

A/ **El proceso de incapacitación.**

1. Necesidad de la previa declaración de incapacidad. 86.

2. Insuficiente regulación legal. 93.

3. Procedimiento de incapacitación. 94.

a/ Apuntes históricos. 94.

b/ Regulación legal. 99.

c/ El Ministerio Fiscal. 100.

d/ El demandado. 102.

e/ Tramitación. 102.

f/ La sentencia. 103.

g/ Naturaleza de la sentencia. 105.

4. Reintegro de la capacidad. 106.

5. Inscripción de las resoluciones judiciales. 110.

B/ **Causas de incapacitación.**

1. Historia reciente. 110.

2. Regulación legal. 113.
3. Requisitos. 115.
4. Legislación extranjera. 115.
5. Clasificación. 118.

C/ La incapacidad voluntaria.

1. Posibilidad. 122.
2. Naturaleza. 123.
3. Antecedentes. 126.
4. Regulación legal. 129.
5. Propuesta. 131.

**V. La ordenación de la propia tutela, o la
*autoregulación de la tutela.***

A/ La previsión para solucionar el problema. 133.

B/ La cuestión terminológica. 134.

C/ Concepto. 136.

D/ Historia. 138.

1. Antecedentes históricos legislativos. 138.
2. Doctrina. Crehuet, R.O. 1924, Sánchez Torres. 138.
3. Otros antecedentes doctrinales. 140.
4. Antecedentes legislativos. 143.
5. Primera formulación legal: Ley catalana 11/1996. 147.
6. Insuficiente regulación de la *autotutela*. 147.

E/ Legislación extranjera. 148.

F/ Práctica Notarial:

a) española. 153.

b) extranjera. 157.

G/ Fundamento. 1. Moral. 159.

2. Psicológico. 159.

3. Jurídico. 159.

H/ Naturaleza jurídica. 162.

a/ ¿mandato? 164.

b/ negocio unilateral. 167.

c/ ¿*intervivos* o *mortis causa*? 167.

I/ Caracteres. 168.

J/ Clases:

1) positiva y negativa. 170.

2) posibilidad. 170.

3) utilidad de una y otra. 171.

K/ Elementos personales:

1. Quién puede ser tutor. La persona jurídica, tutora. 173.

2. Quién puede nombrarlo. 179.

a/ Menores, locos, dementes, incapaces. Sordomudos.

b/ Juicio de capacidad. 184.

c/ Consentimiento válido. 188.

d/ Nombramiento de tutor por medio de apoderado. 188.

e/ Unidad o pluralidad de otorgantes. 192.

L/ Elementos formales:

1. Solemnidad. 194.
2. ¿Testamento? El artículo 741 del Código civil. 197.
3. El llamado *testamento vital*. 200.
 - a/ El artº 10 de la Ley 14/1986, de Sanidad. 200.
 - b/ Consideraciones positiva y negativa. 201.
 - c/ Posiciones doctrinales. 204.
 - d/ Aproximación a su concepto. 205.
 - e/ El consentimiento. Su forma. 206.
 - f/ Derecho nacional. 208.
 - g/ Derecho extranjero. 212.
 - h/ El *testamento vital* y la autotutela. 216.
4. Escritura pública no testamentaria. 217.

M/ Publicidad. 219.

N/ Eficacia. 223.

1. Legalidad. 223.
2. La fuerza vinculante de la disposición. 224.
3. Contenido. 226.

Ñ/ Modificación:

1. Antes de la incapacitación. 228.
2. Después de la declaración de incapacidad. 229.

O/ Extinción de la *autotutela*. 230.

VI. Examen especial de la Ley 11/1996, de 29 de julio, del *Parlament de Catalunya.*

- A/ Proceso histórico. 232.
- B/ Competencia legislativa del *Parlament*. 238.
- C/ La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. 240.
 - 1/ Su preámbulo. 240.
 - 2/ Resumen de su regulación. 241.
 - a/ Elementos personales. 241.
 - b/ Elementos formales. 243.
 - c/ Publicidad. 244.
 - d/ Efectos. 245.
 - e/ Remuneración del tutor. 247.
- D/ Consideración especial del Registro de Tutelas. 247.
 - 1. Su regulación legal y reglamentaria. 247.
 - 2. Registros jurídicos y Registros administrativos. 249.
 - 3. La competencia exclusiva del Estado en la materia. 251.
 - 4. ¿Duplicidad de Registros tutelares? 253.

VII. Proyecto de nuevos artículos del Código civil.

A/ Antecedentes:

- 1. VIII Jornada Notarial Iberoamericana. 256.
- 2. Unión Internacional del Notariado Latino. 258.
- 3. Seminario en la UIMP. 258.

4. Encuentro en el Consejo General del Poder Judicial. 259.

5. 'I Congreso Regional sobre discapacitados'. 259.

B/ 'Falta de solución normativa general'. 259.

C/ Reforma de la normativa vigente. 261.

D/ Nuevos artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. 262.

VIII. Su conveniencia. Su posibilidad.

A/ Conveniencia. 271.

1. El proceso parlamentario de la Ley 13/1983. 272.

a/ En el Congreso de los Diputados. 272.

b/ En el Senado. 275.

2. La doctrina. La previsión del Senador Portabella. 277.

3. *Vacío legal*. 279.

B/ Posibilidad.

1. La libertad jurídica. 281.

2. La norma jurídica. 282.

3. El principio de la *autonomía de la voluntad*. 286.

4. La 'teoría normativa del negocio jurídico'. 286.

5. El ejercicio voluntario de la facultad normativa. 288.

C/ El principio de la *autonomía de la voluntad*: su vigencia.

1. Su aplicación a la tutela y a la *autotutela*. 289.

2. Concepto. 289.
3. Historia. 292.
4. Importancia. 297.
5. Ámbito de aplicación. 297.
6. Revisión del principio. 302.
7. Límites: a/ extrínsecos. 304.
b/ conceptuales. 306.
c/ intrínsecos. 306.

IX. Conclusiones.

Formulación de las mismas. 308.

BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES. 312.

-I-

Consideraciones Preliminares

A/ En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico, se produjeron momentos propicios a la defensa del principio de la autonomía privada. Alonso Martínez¹ dejó escritas estas palabras, que no por referirse directamente a los negocios jurídicos bilaterales o contratos dejan de ser aplicables a las determinaciones unilaterales individuales:

‘Es cierto que al correr de los siglos progresan por incesantes cambios las humanas sociedades y éstas han menester, por ineludible ley de su destino, transformar a cada paso las instituciones que lentamente van gastando en la ruda labor de su progreso’. (Tomo I, p. 22).

‘La ciencia legislativa necesita inspirarse en la realidad’. (Tomo I, p. 164).

‘He defendido y defenderé siempre el respeto profundo a la libertad del individuo y a todas sus creaciones, sin otros límites que la libertad de

¹ Manuel Alonso Martínez: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid. Establecimiento Tipográfico de P. Núñez. Calle de la Palma Alta, 22. 1884.

los demás y las funciones esenciales del Estado, entre las cuales cuento por supuesto el mantenimiento de la moral y las buenas costumbres, base de las sociedades humanas'. (Tomo II, p. 116).

'He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en unas cuantas reglas preestablecidas en la Ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés. En nuestro tiempo se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas de nuestros abuelos y aún de nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlos porque en los Códigos les falte el nombre de bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la Ley'. (Tomo II, páginas 215 y 216).

B/ En el año 1921, unos alumnos de Derecho² ya reclamaban una renovación de algunas instituciones de Derecho privado, entre ellas la tutela; y se lamentaban de que 'única y exclusivamente, de todas las ramas del Derecho, permanece muda, estática e inalterable, dentro de sus normas jurídicas, el Derecho Civil *Positivo*'. Y recogiendo una frase de Joaquín Costa, entendían que al compás que la situación de las personas nace o se modifica o desaparece, traduciéndose al exterior por hechos, se va mostrando, metamorfoseando y extinguiendo el Derecho, esto es, se

² Luis Felipe Martínez Aguilera y Luis Rodríguez-Camuñas Porras: *Las diferencias de clases en el Código civil*. Imprenta 'Iberia'. Madrid, 1921, p. 3.

pone, o cambia de posición o se retira³. En este sentido, el Profesor Albaladejo afirma que 'el Derecho civil, dentro de la desgracia del cambio legislativo agobiante, es el Derecho más estable'⁴.

C/ Y, de igual modo, consideramos oportuno reproducir aquí las palabras escritas⁵ por el Registrador de la Propiedad Camy Sánchez-Cañete algunos años después, que abonan la actualidad de las anteriores:

'Toynbee, en sus magistrales exposiciones sobre el fondo del fenómeno histórico, considera la dualidad *incitación-respuesta* como uno de los hechos fundamentales en el fenómeno de la evolución de las civilizaciones. Y al Derecho alcanza este fenómeno tanto o más que a cualquier otra rama del pensamiento humano⁶.

'En el momento actual venimos sufriendo el impacto de varias incitaciones a las que nuestra civilización occidental está dando una respuesta.

'Además de estas incitaciones externas, podemos observar que los avances, las necesidades y los problemas de las otras ciencias están provocando en el Derecho una incitación que obliga a éste a formular las adecuadas respuestas, si no se quiere que esos grupos de ciencias que las provocan aboquen a procurarse por sí mismas algo que venga a sustituir a las normas que postulan y que el Derecho les niega.

'Hay que enfrentarse valientemente con todas esas incitaciones, e intuir la respuesta que corresponda dar a cada una por nuestro Derecho. Y en esta actuación, corresponde la iniciativa a la rama doctrinal, de la cual

³ Joaquín Costa: *La vida del Derecho. Ensayo sobre el Derecho Consuetudinario*. Biblioteca Costa. Madrid, 1914, p. 104.

⁴ Declaraciones en entrevista con Pilar Torrubia, en *Pausa*, 'la revista escrita por Notarios y Registradores', nº 17, enero-marzo/2001, p. 27.

⁵ Buenaventura Camy Sánchez-Cañete: *Reformas jurídicas que imponen los avances científicos y sociales*, en 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', año XL, mayo-junio 1964, nos. 432-433, p. 287.

⁶ Arnold B. Toynbee: *Estudio de la Historia*. Volumen I. Emecé Editores. Buenos Aires, 1951.

podrá pasarse a la legislativa una vez madurados y sedimentados sus postulados y conclusiones en el crisol de la crítica...

‘El requisito de que la norma jurídica tienda a facilitar los fines de los individuos componentes del cuerpo social, no requiere realmente aclaración, pero sí condicionarlos a que con ellos se consigan, a la vez, los de la comunidad’.

D/ Parece oportuno invitar a quienes sean competentes para ello, a fin de que asuman las preocupaciones latentes que quedarán expuestas en el curso de este nuestro estudio. Doctrina, jurisprudencia, disposiciones legales, pueden todas desempeñar un importantísimo papel en la solución de los problemas que reiteradamente se exponen en el mismo. Cada sector aporte sus valiosas ideas, sus innovadores proyectos. Así, se puede desear y esperar que nuestro Derecho positivo, siguiendo la senda recientemente iniciada por el legislador catalán, dé un decisivo paso hacia adelante para su modernización y puesta al día, en la adopción de medidas que respondan a la demanda de la sociedad ante los continuos interrogantes que presenta el acontecer de la vida diaria.

- II -

La realidad social de nuestro tiempo. Problemas que plantea.

A/ Las expectativas de vida en el umbral del siglo XXI.

1. Dos minutos después de la medianoche del 12 de octubre de 1999, venía al mundo en una clínica de Sarajevo un niño bosnio, hijo de Fátima, que fue bautizado en la religión musulmana con el nombre de Adnan Mevic, pesó tres kilos y medio, y en quien se simboliza el habitante número seis mil millones de los que actualmente poblamos el planeta Tierra. Este simbolismo supone que la representación de tal evento ya estaba preparada, al señalarse el doce de octubre de mil novecientos noventa y nueve como el *Día de los 6.000 millones*: no cupo esa suerte a unos trillizos nacidos poco antes en un hospital de Cape Town, y sí al que daría a luz una musulmana en Sarajevo, ciudad símbolo del horror y de la guerra, cuyo recuerdo contrasta con la alegría de este nacimiento, como una esperanza para la paz. El secretario general de la ONU, Kofi Annan, aparecía en la capital de Bosnia precisamente a las pocas horas del evento para hacer permanente y perdurable el consiguiente documento gráfico, en el que el bebé recién nacido aparece en los brazos del funcionario de la ONU, rodeado del equipo médico y las correspondientes sonrisas. La verdad es que tal señalado nacimiento era esperado en un país africano o asiático, ya que el noventa y cinco por ciento de los alumbramientos tienen lugar en países en vías de desarrollo, concretamente en el Africa

subsahariana, donde las mujeres tienen una media de 5,5 hijos, y en la parte meridional y occidental de Asia⁷.

2. 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 ido modificando el ritmo de crecimiento de la misma.

En efecto, a principios de siglo, la población de la Tierra llegaba a los mil quinientos millones. En 1960 se alcanzaban los tres mil millones; en 1974, ya había cuatro mil millones; y en 1987, la cifra estaba en cinco mil millones. Aunque el crecimiento se hizo más lento en las últimas décadas, pasando del 2,4 por ciento al 1,3, no por ello desaparece, más bien se acrecienta, la normal preocupación por los problemas derivados de la superpoblación sobre los recursos naturales, del deterioro del ambiente y de la mejora en la calidad de vida de las personas. Frente a lo que preconizaba Gustavo Flaubert ('el futuro nos tortura y el pasado nos encadena: he ahí por dónde se nos escapa el presente') se impone la visión optimista de que 'los grandes cambios que han hecho posible que el mundo tenga seis mil millones de habitantes son un triunfo de la humanidad y no una tragedia'⁸.

Según las predicciones de la propia ONU, la población mundial se incrementará hasta llegar a los ocho mil novecientos millones en el año 2050: casi tres mil millones más en los próximos cincuenta años. Y de ellos, un aumento llevará el número de los mayores de sesenta años, de los seiscientos millones actuales hasta la alarmante cifra de dos mil millones.

En unos sesenta países, las tasas de fecundidad están a *nivel de reemplazo*, es decir, a un 2,1 alumbramiento por mujer, aunque en Francia

⁷ Prensa diaria de información general, entre otros, *ABC*, Madrid, y *O Correo Galego*, Santiago, 12 y 13.10.99.

ya se están detectando muchas parejas con tres hijos. Por otra parte, en esos mismos años aumentarán las tasas por defunción, a medida que la población vaya envejeciendo, lo que ya es comprobable en los países que llamamos *industrializados*.

Este cambio demográfico que ha permitido duplicar la población mundial desde 1960 hasta nuestros días se debe, fundamentalmente, a estos dos factores: la menor mortalidad infantil, y el aumento de la esperanza de vida. Ciertamente, el aumento de la población mundial es espectacular, pero no es debido a que la gente *nazca*, sino porque *no se muere*. Y así se entiende que, por primera vez en la Historia, conviven cinco generaciones de españoles⁹.

3. A finales del año 1999, se estimaba que la *expectativa de vida* para los españoles es la segunda más alta del mundo, solamente por detrás de Japón¹⁰: se sitúan en 73 años los varones, y 81 las mujeres, 40 años más para aquéllos y 45 más para éstas que a principios de siglo¹¹. Hace cincuenta años, se situaba en 59 y 64 años, respectivamente. En Madrid las mujeres alcanzan los 82,8 años de media. En comparación con Alemania, 73 años para varones, y 79,5 para mujeres¹², salimos mejor parados. Claro es que este progreso se predica en general de los países que llamamos *desarrollados*, pues en otros, por ejemplo, Zimbabwe, la esperanza de vida es de unos 25 años¹³, y en general, en Africa, la misma esperanza ha bajado en el último decenio de los 60 a los 50 años¹⁴. La diferencia Norte/Sur o, si se quiere, 'ricos/pobres', que en 1955 era de unos

⁸ Serafín García Herreros, en *ABC*, Madrid, 4.11.99.

⁹ José Manuel Romay Beccaria, Ministro de Sanidad y Consumo, con ocasión del *Día Mundial del Consumidor*, el 15.3.99.

¹⁰ Según el Profesor José María Segovia, en su estudio *Biosociología del envejecimiento humano*.

¹¹ Rafael Puyol: *Del 98 al 98: Ayer y Hoy de la población española*. Conferencia en el Casino de Madrid, 16.11.98.

¹² 'Alemania tiene la población que más rápidamente envejece, y, al mismo tiempo, uno de los mejores y generosos sistemas de salud para toda la población, con una creciente probabilidad de vida', según el Profesor Josef Schmidt, de la Universidad 'Otto Friedrich' de Bamberg (*Deutschland*, nº 2, abril/98, ps. 15 y 17).

¹³ Del *Informe* anual de la ONU sobre desarrollo.

¹⁴ Reportaje en *Alfa y Omega*. Madrid, nº 179, 23.9.99, p. 22.

25 años, para fin de siglo se calcula haberla reducido a 13,3 años¹⁵. Con todo, diferentes estudios realizados en Gran Bretaña y los Estados Unidos han demostrado que las clases 'populares' fallecen antes. Así, según expone Richard G. Wilkinson¹⁶, las esperanzas de vida más bajas del mundo se dan en el barrio neoyorquino de Harlem. Respecto a los norteamericanos, los españoles alcanzamos dos años más de media en la esperanza de vida¹⁷. Para el año 2020 la esperanza de vida de los habitantes de los países desarrollados alcanzará en los varones, 78 años; y en las mujeres, 88 años, según un Informe del Banco Mundial¹⁸.

Se calcula que para el año 2050 España será el país más viejo del mundo, con una media de edad de cincuenta y cinco años. En la actualidad la población más anciana es la italiana, con cerca de un 25% de sus habitantes mayores de sesenta años, seguida de la de Japón, Alemania y Grecia, que superan el 24%; Suecia, con un 23%; y Bélgica, Bulgaria, Suiza y España, con un 22%. Tal es el panorama que presenta un 'mapa del envejecimiento mundial' difundido por las NN.UU., y que se ha presentado en la recientemente celebrada 'Asamblea Mundial del Envejecimiento' celebrada en Madrid del 8 al 12 de abril del año 2002.

Se observa claramente, como apunta Joaquín Leguina¹⁹, que España ha pasado de tener, en 1975, la fecundidad más elevada de Europa (sólo detrás de Irlanda) a ser, junto con Italia, uno de los países con más baja fecundidad del mundo; lo que constituye, sin duda alguna, una verdadera catástrofe democrática, y revela la existencia de una 'sociedad enferma'.

La *Organización Mundial de la Salud* (OMS) fue creada el 7 de abril de 1948, y ha jugado un papel fundamental y decisivo en la lucha contra la

¹⁵ Del *Informe* de la Organización Mundial de la Salud (OMS), sobre sus primeros cincuenta años. 7.4.98.

¹⁶ Richard G. Wilkinson: *Sociedades insanas*.

¹⁷ Según el Profesor Mariano Barbacid, en el *Club Siglo XXI*, 15 de noviembre de 1999.

¹⁸ De *Los secretos de la medicina del siglo XXI*. 'Sanitas Club', nº 10, diciembre/1999, p. 21.

¹⁹ Joaquín Leguina: *Viejos*, en *ABC*, Madrid, 8.4.2002.

viruela, y las enfermedades de transmisión sexual, entre otras. Desde entonces, la *esperanza de vida* ha pasado de los 46 años hasta casi los 65; y el ser humano es hoy un cuarenta por ciento más longevo que hace 50 años. Pero ahora la Organización se enfrenta a nuevas patologías que ni siquiera eran conocidas cuando se constituyó; sin olvidar que algunas de las viejas, como la tuberculosis, han retornado, cuando se creían que estaban en retirada. No obstante, una parte de los esfuerzos realizados en las últimas décadas para mejorar la esperanza de vida y la supervivencia infantil han quedado diluidos totalmente con la irrupción del SIDA en diversos países²⁰.

En los años finales del siglo XX hemos contemplado algunos resultados asombrosos que el progreso y la investigación ofrecen a la Humanidad con una vertiginosa rapidez. Nuevos fenómenos afectan a la sociedad actual, entre ellos, la mayor longevidad, la prolongación de la 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: hechos ante los cuales no puede permanecer indiferente el Derecho. A un invento sigue otro; tras un descubrimiento, nuevas revelaciones; y así, las más recientes novedades pasan en muy poco tiempo, a gran velocidad, a convertirse en antecedentes más o menos remotos de las que les suceden; las cuales, a su propio tiempo, sufrirán idénticas consecuencias. El resultado es evidente: una considerable mejoría en las condiciones de vida, tanto cuantitativa como cualitativamente, lo que se traduce en un aumento y en una mejora de la vida de las personas, no exento de algunas dificultades, como el *envejecimiento* que el mismo progreso aporta, según veremos. Pues en tanto la población mundial crecerá en torno al 1,7 por ciento anual, la población mayor de sesenta y cinco años lo hace al 2,5.

Ante este panorama no es de extrañar que surjan algunas opiniones que llaman más bien al pesimismo. Solzhenitsyn escribió que el don de prolongar la expectativa de vida ha hecho, como una de sus consecuencias, que la generación de ancianos se convierta en una carga

²⁰ Conferencia Internacional del SIDA, Ginebra, junio/98.

para sus hijos, al mismo tiempo que condena a los ancianos a una prolongada soledad, al abandono por parte de sus seres queridos en la ancianidad, y a una brecha irreparable que impide la alegría de transmitir su experiencia a los jóvenes²¹. La terrible pregunta que se hace a sí mismo una persona mayor es: ¿quién me cuidará cuándo sea viejo?

B/ El envejecimiento de la población.

1. La vejez: La ONU declara 1999, *Año Internacional de los Ancianos*.

Nunca fue agradable al hombre llegar a la vejez, aunque el no alcanzarla supone quedarse en el camino, lo que no parece más deseable. Decía Cicerón, a sus sesenta y tres años, que la vejez le ‘parece detestable porque aparta de los negocios, hace enfermo al cuerpo, aleja de los placeres y no dista mucho de la muerte’²². De la Condesa de Castiglione se contaba que su pánico a la vejez (*gerontofobia*) era tal, que destruía todos sus retratos ‘para que no se conservasen mejor que ella’. Sin embargo, pensaba Montaigne que la vejez nos deja más marcas en el alma que en el cuerpo²³. Pero aún siendo inevitable, nunca deseable, no deja de sorprendernos el momento de su llegada, que siempre estamos dispuestos a demorarla lo más posible; así, Trotsky opinaba que la vejez es lo más inesperado que le pasa al hombre²⁴. Y la cantante argentina Nacha Guevara decidió eliminar de su diccionario el verbo ‘envejecer’ y sustituirlo por el de ‘crecer’.

²¹ Aleksandr Solzhenitsyn: *Reflexiones en la víspera del siglo XXI*. Colaboración en la obra colectiva ‘Fin de siglo. Grandes pensadores hacen reflexiones sobre nuestro tiempo’. McGraw Hill, México, 1996, p. 99.

²² M.T. Cicerón: *De Senectute*, Editorial Gredos, Madrid, 1986, V, p. 23. También Profesor Mariano Alonso Pérez: *Tres personajes reflexionan sobre la ancianidad: Cicerón, Bobbio, Juan Pablo II. Consecuencias jurídicas*. Universidad Rey Juan Carlos. Cursos de Verano, Ronda 2001, 23-27 julio, sobre ‘Asistencia y protección a las Personas Mayores’. V. también J.M^a Castán Vázquez: *La tercera edad y el Derecho*. ‘Anales de la RAJyL’, nº 31.

²³ Michel de Montaigne: *Essais*, III, 2.

a/ Versiones *pesimistas* sobre la vejez tienen todavía vigencia. Azorín²⁵ decía que ‘el viejo es un enfermo sano’; y más recientemente, en frase que se atribuye al profesor Laín Entralgo ‘no hay jóvenes y viejos; sólo hay jóvenes y enfermos’. Y *Cándido*²⁶ afirma que ‘los desvalidos de la vida tienen mucho más a qué agarrarse que los desvalidos de la muerte’.

Pero no faltan posiciones francamente *optimistas* ante el mismo fenómeno, como la del Premio Nobel Hermann Hesse, que en su *Elogio de la vejez* declara aspirar a llegar a la vejez con elegancia y dignidad; o la del escritor Agustín Cerezales²⁷, quien escribe: ‘aunque mil casos penosos digan lo contrario, la vejez sigue pareciéndome de todas las edades, la más prometedora’. El viejo es alguien que todavía tiene mucho que dar: ‘del viejo, el consejo’, según reza un antiguo refrán castellano. Cumplidos sus ‘primeros ochenta años’, la escritora británica Ph. D. James²⁸ escribió una especie de autobiografía en la cual dice que la memoria es una estrategia tanto para recordar como para olvidar, y en base a ello, cree llegado el momento de reconocer la vejez, de aceptar los inevitables dolores, achaques e indignidades; y que no cambia de opinión, cuando trata de ‘aceptar las indignidades de la vejez con valentía’.

No obstante, recientemente se puso de relieve que ‘los ancianos son el colectivo más incomprendido de nuestra sociedad’. Aunque en general no deja de reconocerse que si el viejo sabe pero no puede, el joven puede, pero no sabe. En los últimos decenios se percibe una lenta pero constante evolución de la sensibilidad social, que partiendo desde la ignorancia, cuando no el desprecio, de los ancianos, llega hasta la preocupación por solucionar la creciente problemática que el fenómeno de la longevidad presenta en la actualidad, con caracteres alarmantes y que exigen unas soluciones urgentes.

²⁴ Leon Trotsky: *Diario en el exilio*, 8 mayo 1935.

²⁵ Azorín: *Los viejos y los jóvenes*.

²⁶ En *ABC*, 20.12.99, p. 3.

²⁷ Agustín Cerezales: *La vejez*, en *ABC*, 4.9.99,

²⁸ Phyllis Dorothy James: *La hora de la verdad*. Ediciones B.

Acaso la verdad se encuentre en la paradoja que exponen Alicia Mederos y Antonio Puente²⁹: en la idéntica medida en que aumentan para los mayores las posibilidades de no sentirse viejo, aumentan también las condiciones para una mayor marginación de la vejez.

El Papa Juan Pablo II, en su 'Carta a los ancianos' da este consejo, que cree que se puede aplicar a sí mismo: 'A pesar de los límites impuestos por la edad, conservo siempre el gusto por la vida'.

En realidad, como escribe Monseñor Amigo³⁰, 'la vejez es un regalo de Dios, como lo es toda la vida. Pero ese don de Dios no es solamente para la misma persona mayor, sino para la misma sociedad, que se enriquece con lo que representan, ofrecen y aportan los mayores'. Y la Conferencia Episcopal Española, por medio de la Comisión Episcopal del Apostolado Seglar, nos dice que la vejez no ha de causar trauma ni desesperación³¹. Más rotundamente afirma el antes citado Lain Entralgo que la vida es siempre un bien, y envejecer, un privilegio. Y recientemente, en el Congreso 'Foro Valencia', que se celebra en esta ciudad los primeros días de abril del año dos mil dos, Alberto Galerón, Director del IMSERSO, afirma que 'el envejecimiento no se debe percibir como un problema, sino más bien como un logro social'.

Para el año 2000 se calculaba que habría en España más de seis millones de personas que superen los sesenta y cinco años de edad; y cinco años después, se estará llegando a los siete millones. Dos años después, en Madrid la población de personas mayores de 65 años sobrepasa el medio millón: hay un treinta y ocho por ciento más de ancianos que en 1992. Así se explica que el Profesor García Cantero³² piense en la posibilidad de que se llegue a considerar la *senectud* -vocable

²⁹ Alicia Mederos y Antonio Puente: *La vejez*. Acento Editorial, Madrid, 1996, p. 10.

³⁰ Carlos Amigo Vallejo, Arzobispo de Sevilla: *La nobleza de la familia*, en *ABC*, 3.12.99, p. 88.

³¹ Documento redactado para la clausura del *Año Internacional de los Ancianos*.

³² Gabriel García Cantero: *Notas sobre la senectud como estado civil de la persona*, en 'Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo'. Junta de Decanos/Consejo Superior del Notariado. Madrid, 1988, tomo I, p. 295 y sigs.

que prefiere a 'ancianidad' o 'vejez'- como un *estado civil*. Y la considera como 'una etapa de la vida del mayor de edad caracterizada por la existencia de un haz específico de derechos y de obligaciones en correspondencia con la peculiar situación en que se encuentra el sujeto'³³.

Se trata de vivir más, y de vivir mejor³⁴. El reto es envejecer, pero sin renunciar a la calidad de vida. '¿No corremos el riesgo de regalarle al cuerpo de un hombre la duración de trescientos o cuatrocientos años mientras que su mente no sabrá vivir un minuto más?' pregunta Paolo Maurenig³⁵. Porque la edad sigue siendo un factor determinante del fenómeno de la discapacidad. Y esto hay que lograrlo en un mundo en que cada vez nacen menos niños, se ha reducido la mortalidad infantil en un 37 por ciento desde 1970, pero mayor es también el número de personas que llegan a la vejez: casi un 10% de los habitantes de la tierra tienen más de 60 años; y se calcula que para el año 2050 un 40% de la población superará esa edad. Todo lo cual arroja un resultado de población mundial envejecida, no por la explosión *demográfica* sino por la explosión *sanitaria*.

b/ En el *Informe* de las Naciones Unidas, antes citado, ya se advierte que este lento cambio demográfico requiere opciones en materia de *políticas* en todo el mundo, pero de modo especial en las regiones más adelantadas, cuyos poblaciones envejecen al mismo tiempo que presentan graves dificultades para atender a los ancianos. Por eso, el Secretario General de NN.UU. solicita ante la citada II Asamblea Mundial del Envejecimiento que se celebra en Madrid el mes de abril de este año, un Plan de Acción que garantice una sociedad 'para todas las edades'.

En Madrid, en el transcurso de unos pocos meses, y para hacer frente a los problemas que presenta la llamada 'revolución silenciosa' de la vejez, un Pleno municipal acordó invertir unos veinte mil millones de

³³ En este sentido, V. Profesor Manuel Cuadrado Iglesias: *La tercera edad. Planteamientos sociales y jurídicos*. Universidad Rey Juan Carlos. Cursos de Verano, Ronda, 2001, sobre 'Asistencia y protección a las Personas Mayores'.

³⁴ Los recientes descubrimientos sobre el 'genoma humano' hacen posible este deseo.

pesetas para atender en los próximos años a más de medio millón de ancianos que viven en el municipio; y en la primera quincena de abril del año dos mil dos, se celebra en Madrid la antes citada II Asamblea sobre el Envejecimiento, organizada por las Naciones Unidas, que pretende 'diseñar' un futuro para unos dos millones de ancianos; ya que desde la anterior Asamblea, que tuvo lugar en Viena el año 1982, las naciones en desarrollo envejecen más rápidamente que el resto. Por su parte, la Comunidad Gallega destina mil cuatrocientos millones de pesetas a un 'Plan Gerontológico'. Y la de Madrid propone una inversión en ayudas complementarias para la atención de mayores y enfermos por medio de una futura 'Ley de Familia'.

Por otra parte, la inmigración agrava el problema del paulatino envejecimiento de la población, y ya se admite que la sociedad europea del futuro, que será multirracial, tendrá una elevada proporción de ancianos blancos.

c/ Pero no es solamente la inevitable edad la que nos lleva al envejecimiento. Dice el Doctor Mulley³⁶, experto en geriatría, que si una enfermedad fuese debida sólo al envejecimiento, se convertiría en algo muy común y sería algo universal al final de la vida: afectaría por igual a personas de todas las razas y en todos los tiempos. Hay factores que lo adelantan y favorecen, como por ejemplo la falta de sueño y su incidencia sobre el cerebro³⁷; y otros que lo retrasan, como una dieta baja en calorías³⁸.

³⁵ Paolo Maurenig: *Canon inverso*. Editorial Mondadori, Barcelona, 1997, p.132.

³⁶ Doctor Mulley, profesor del St. James University Hospital, de Leeds, U.K. (*El Mundo, SALUD*, 23.10.97).

³⁷ Según el Profesor Spiegel y su equipo de colaboradores de la Universidad de Chicago (*O Correo Galego*, Santiago, 2.11.99).

³⁸ Estudios realizados por los Profesores Tomas Prolla y Richard Weindruch, científicos de la Universidad de Wisconsin-Madison (*O Correo Galego*, 28.8.99).

2. Hiroshi Nakajima³⁹ afirmaba en 1998 que a lo largo de su medio siglo de existencia, en la OMS se han aprendido muchas lecciones. La más importante, afirma, es que la Humanidad solo puede *luchar contra la enfermedad* si permanece unida. Los gérmenes no conocen fronteras ni diferencias económicas. Y esa cooperación internacional en salud nunca se ha interrumpido, ni en los peores momentos de la guerra fría. Gracias a ello, se han salvado millones de vidas. Su sucesora, la señora Gro Harlem Brundtland⁴⁰, ya ha expuesto su programa para los próximos años: extender la salud a todo el mundo, sin distinciones de raza, religión, creencias políticas y condiciones económicas y sociales. Pero entendiendo por salud 'un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o debilidad'.

La lucha contra la enfermedad, la vejez y la muerte, nunca había avanzado tanto como en el presente siglo. Sin los actuales medicamentos viviríamos hoy unos treinta años menos⁴¹. Piénsese que en el mundo romano la esperanza media de vida era de treinta años, y hoy la situamos en los ochenta. 'La longevidad, la prolongación por quince años, al menos, de la vida humana y su relativa plenitud hasta edades muy avanzadas, constituye el hecho capital de nuestra época', afirma Julián Marías⁴². Estas optimistas predicciones quedan avaladas por el reciente descubrimiento del fallo celular común de las enfermedades asociadas al envejecimiento⁴³.

3. Nos hallamos, pues, ante una sociedad envejecida, y que lo será más en las próximas décadas debido a la mayor esperanza de vida de las personas y a la caída de la natalidad. El envejecimiento progresivo de la población en los países desarrollados provocará que en los próximos años los mayores de sesenta y cinco años pasarán de formar el 12-15 por ciento

³⁹ Director General de la OMS durante diez años (1988-1998).

⁴⁰ Ex Primera ministra noruega, y médico, Directora General de la OMS desde julio/1998 (*ABC*, 7.4.98).

⁴¹ Profesor Pedro Sánchez García, Catedrático de Farmacología en la Universidad Autónoma de Madrid (*ABC*, 14.1.99).

⁴² Julián Marías: *Profundidad*, en *ABC*, 2.10.99.

⁴³ Descubrimiento hecho por científicos de EE.UU., según *Genética del envejecimiento*, en *ABC*, 31.3.2000, p. 42.

a cifras aproximadas al 20 por ciento, con lo que se incrementará el riesgo de demencia senil. Por eso, el lema del *Día Mundial de la Salud* para el año 1999 reza así: *Una vejez activa*. Y esto es aplicable también a España, en donde, como hemos visto, la longevidad que se experimenta actualmente, con 80 años de media -74,4 para varones y 81,5 para mujeres- nos llevará en el año 2020 a edades de 76 y 83,7 años respectivamente; y a contar en el año 2050 con la población más anciana del mundo, según estimaciones de la ONU, con casi tres millones y medio de personas mayores de 80 años. Al día de hoy, en Japón hay más de diez mil personas centenarias; y sólo en Galicia hay más de mil personas que superan los cien años de edad; y algunos de tan buen humor llegaron a centenarios, como Esther Villanueva Martínez, maestra de escuela jubilada, quien al alcanzar esa edad declaró no desear homenaje alguno ‘porque no es mérito suyo vivir tantos años’⁴⁴; o como el músico Eubie Blake, que el día que cumplía ciento cuatro de edad, manifestó que si hubiera sabido que iba a vivir tantos años, se hubiera cuidado más; o el celebrado Maurice Chevalier, que a sus ochenta y cinco años repetía que ‘envejecer no es tan malo si se tiene en cuenta la alternativa’⁴⁵.

Por su parte, la Organización Panamericana de Salud (OPS), dentro de la OMS, conmemoró también el *Día Mundial de la Salud* con una reunión en el curso de la cual su Director, el doctor George Alleyne⁴⁶, afirmó que si nos mantenemos física y mentalmente activos podemos *dar vida a nuestros años y no solamente años a nuestra vida*, a lo largo de los cuales no basta la mejoría de la atención sanitaria porque los mayores reclaman un papel más activo en una sociedad que aún puede beneficiarse de sus experiencias; en vez de *aparcar* a los sexagenarios en residencias terminales, en donde pierden toda ilusión por vivir: ‘¡Santo Dios! por la noche duermo, y por el día me consumo’, respondió una anciana internada en un hospital de incurables, cuando se le preguntó cómo empleaba su tiempo. En la actualidad, se está cuestionando la disyuntiva pública-privada respecto de estas residencias que, a juzgar por la situación actual, dejan

⁴⁴ Entrevista en *O Correo Galego*, 13.8.99.

⁴⁵ Luis Ignacio Parada: *¿Envejecemos o nos envejecen?*, en *ABC*, 31.3.2000, p. 14.

bastante de desear, pues a algunas de ellas se les acusa de estar ‘deshumanizadas’.

4. Envejecer es ganar la batalla de la vida. Es una etapa que, como la adolescencia y la juventud tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Sin embargo, la *experiencia*, como acumulación de vivir, se impone constantemente como rasgo del envejecimiento. En las sociedades primitivas -dice Amalia Gómez⁴⁷, Secretaria General de Asuntos Sociales- el prestigio de los ancianos en lo concerniente a experiencia de vida, sabiduría y aptitud para el buen gobierno, era muy grande. ‘Este prestigio se ha mantenido indiscutido -añade- hasta épocas muy recientes, pues la juventud como edad privilegiada es una invención cultural ocurrida bien entrado el siglo XX’, y lo mismo sucede con la convencionalmente llamada ‘adolescencia’. Rousseau llegó a afirmar que la juventud es el momento de estudiar la sabiduría; la vejez, el de practicarla⁴⁸.

Frente al envejecimiento como *problema*⁴⁹ se alza el envejecimiento como *empresa*⁵⁰. Escribió don Ramón Menéndez Pidal⁵¹ que no debemos empezar pronto la senectud, sino al contrario, rebelarnos contra ella... no dejando extinguirse el amor a las obras comenzadas en la juventud. Esto es lo que se expuso en un ‘Ciclo sobre Personas Mayores’, celebrado en Madrid en noviembre de 1999, con intervención de la Profesora Fernández Ballesteros y el Académico José Luis Sampedro⁵². Se cuenta, por otra

⁴⁶ Idem en el mismo Diario, 4.4.99.

⁴⁷ Así, en *El envejecimiento como reto político y social del siglo XXI*, en ABC, 5.10.99, p. 40.

⁴⁸ J.J. Rousseau: *Les rêveries du promeneur solitaire*, Tercer paseo.

⁴⁹ Juan Velarde Fuertes: *El envejecimiento como problema*, en ABC, 21.2.99, p. 60. También en *Reflexiones desde la economía sobre los cambios demográficos españoles, con especial consideración del envejecimiento*, con otros ensayos de varios autores sobre *El envejecimiento de la población española y su desequilibrio demográfico*, en ‘Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas’, nº V, junio/1999, p. 3.

⁵⁰ Pedro Laín Entralgo: *La conversión de envejecimiento en empresa*. Conferencia en Caja Madrid, 3.11.99.

⁵¹ En *Papeles de Son Armadans*, XXXIX, 1959, p. 260.

⁵² Rocío Fernández Ballesteros: *¿Se puede envejecer satisfactoriamente?*. Y José Luis Sampedro: *Hacia un nuevo concepto de vejez*. En el ‘1º Ciclo de Charlas y Conferencias sobre las Personas Mayores del siglo XXI’, organizado por ASISPA. Madrid, 29 noviembre 1999.

parte, que el Canciller Adenauer⁵³ no pedía a su médico que le rejuveneciera, sino que le dejara seguir envejeciendo.

El cineasta Woody Allen dice que hay que enfrentarse a la vejez, y él mismo lo viene haciendo mediante el ejercicio físico, tomando vitamina C, bebiendo vino tinto, desayunando con cereales y habiéndose casado con una chica muy joven⁵⁴. Parecida recomendación daba el sardo ‘Tonino’⁵⁵, cuando, al cumplir ciento doce años de edad, revelaba su secreto y daba este consejo para alcanzar una edad longeva: ‘sencillamente, trabaja al aire libre, camina algunos kilómetros, no fumes, ama a tu hermano y bebe un buen vaso de vino tinto cada día’.

No hay *obras de vejez* ‘si por vejez entendemos decadencia, lento y resignado apagamiento, inerte rescoldo de un fuego que resplandeció en otro tiempo... sino su significado más enaltecedor de cúspide de la edad, de sedimento fértil sobre el cual se asientan las lúcidas sabidurías de los años’, escribe Juan Manuel de Prada⁵⁶.

5. En tales condiciones, en la etapa vital tras la jubilación no se debería tener la sensación del salto en el vacío que constituye ahora para algunos, sino una posibilidad real de desarrollo y crecimiento que debe favorecerse desde la propia sociedad. Las personas mayores están abocadas a un nuevo proceso de desarrollo y mejoras en el que pueden desempeñar un papel primordial en humanizar las relaciones interpersonales, la ayuda mutua, el intercambio de conocimientos y experiencias y, en suma, una sociedad mejor. Para ello, bastaría con mirar

⁵³ En Wenceslao Castañares y José Luis González Quirós: *Diccionario de citas*. Editorial Nóesis. Madrid, 1993, p. 2.

⁵⁴ Entrevista al Doctor David Galinsky, Director de los Servicios geriátricos del Hospital Soroka de Beer-Sheva, en Israel, en *ABC*, 15.10.98

⁵⁵ Antonio Todde, ‘Tonino’, había nacido el 22 de enero de 1889 en Nuoro, Cerdeña, en donde falleció el 3 de enero de 2002, a los 112 años de edad, habiendo figurado en el libro ‘Guinness’ como ‘el ser humano más viejo del mundo’. El hecho de que en Cerdeña haya cinco personas ‘entre las cuarenta más viejas del planeta’, ha llevado a la Universidad sarda de Sassari a realizar experimentos para determinar el estado físico y mental de sus habitantes, y hacer un estudio sobre el ADN de los mismos.

⁵⁶ Juan Manuel de Prada: *Premiar a los viejos*, en *ABC*, 21.10.99, p. 28.

igualmente la amable belleza de los niños con aquella madurez y gracia ya pasada que muestran en su semblante las personas de mucha edad⁵⁷.

Según Michael Lye, la esperanza de vida ha movido las *fronteras de la vejez*; y señala estas tres fases: desde la jubilación hasta los 75 años; de los 76 hasta los 85; y a partir de esa edad. Edades, por otra parte, no siempre fáciles de alcanzar: así, en las épocas de Grecia y Roma, cuando la esperanza de vida en Europa era de 20 años⁵⁸. En la actualidad, se considera que una persona es *vieja* cuando tiene más de sesenta años, y así lo entiende un Informe de las NN.UU. presentado en la II Asamblea Mundial del Envejecimiento, a que antes hemos hecho referencia.

También hace años el tema de *la vejez* interesó al teatro⁵⁹. Pero la cuestión se mantiene hoy. La vejez se alcanza, en la mayoría de los casos, a costa de grandes inversiones que los poderes públicos están dispuestos a realizar para el tratamiento de las enfermedades tradicionales en esas edades y de las que, hasta ahora desconocidas, puedan ir haciendo su aparición. Hay que afrontar el grave y considerable reto del envejecimiento con medidas *políticas* que se enfrenten al problema en sus numerosos aspectos: social, sanitario, económico, cultural, etc. Algunos países tienen graves problemas financieros en sus políticas sanitarias, debido precisamente al envejecimiento y a los altos costes: es el caso del Reino Unido, Estados Unidos, Alemania e Italia, entre otros. El Profesor Barea Tejeiro⁶⁰ realizó en 1999 un informe sobre la incidencia de la 'tercera edad' en la economía de las naciones desarrolladas y, en especial, en el llamado 'Estado del Bienestar'.

⁵⁷ Marco Aurelio: *Soliloquios*. 'Moralistas griegos: Marco Aurelio, Teofrasto, Epícteto, Cebes'. M. Aguilar, Editor. Madrid, 1945, Libro III, p. 99. V. también Profesor Carlos Maluquer de Motes: *Atención convivencial de las personas mayores. Filosofía y planteamiento*, en los Cursos de Verano, Ronda 2001, de la Universidad Rey Juan Carlos.

⁵⁸ En *El Mundo*, SALUD, 23.10.97, p. S7.

⁵⁹ José de Lucio estrenó *¿Qué hacemos con los viejos?* el 17 de diciembre de 1943, en el Teatro Argensola, de Zaragoza.

⁶⁰ José Barea Tejeiro: *Los efectos económicos del envejecimiento*. 'Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas'. Estudios de varios autores sobre 'El envejecimiento de la población española y su desequilibrio demográfico'. Número V, junio/1999, p. 54.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó, en 1998, para hacer frente a este envejecimiento de su población, un *Plan de Mayores* con una inversión de treinta mil millones de pesetas para los diez años siguientes. Ofrecer una formación continua y promover el desarrollo personal y cultural de las personas mayores es el objetivo de la Universidad de Mayores, que en marzo del año 2000 proyectaba poner en marcha la Universidad Pontificia de Comillas. Buen ejemplo de lucidez longeva lo da Trinidad Martín, que a sus noventa y cinco años se ha convertido en la alumna más veterana de una escuela de alfabetización de alumnos de Madrid.

6. Se propone por los especialistas la determinación del papel de las personas mayores en el seno de la sociedad en que les toca vivir. Es muy recomendable el *ejercicio físico y mental*. 'Hacer deporte propicia un envejecimiento saludable', dice el profesor Pedro Zarco⁶¹, quien, a sus setenta años, todas las mañanas recorre en bicicleta los siete kilómetros que le separan del Hospital Clínico. Para este ilustre Catedrático de Cardiología, las investigaciones sobre el genoma humano permitirán fijar la esperanza de vida en los ciento veinte años.

Hoy es admitido generalmente que el ejercicio físico y la actividad intelectual preservan el mantenimiento de las condiciones vitales del individuo, lo que, en opinión de algunos, también se ve favorecido por la actividad sexual. En teoría, por estas posibilidades el ser humano podría llegar a vivir más de ciento diez o ciento quince años en las próximas décadas, y en buenas condiciones, según declaró el Profesor Bernardo Marín⁶², quien rechaza que con los años se pierda una gran parte de la capacidad intelectual, pues ésta se reduce muy poco si se manejan habitualmente las neuronas. Con esta finalidad, la Universidad Rey Juan Carlos y el Ayuntamiento de Móstoles, localidad donde se encuentra uno

⁶¹ Pedro Zarco, Catedrático de la Universidad Complutense, en entrevista en *El País*, DOMINGO, 15.8.99, p. 8.

⁶² Bernardo Marín, Catedrático de Fisiología en la Universidad de Oviedo, en el curso sobre *Ejercicio físico y salud en la edad avanzada*. Laredo, agosto 1998.

de los *campus* de aquélla han suscrito un convenio de colaboración para poner en marcha el programa de estudios 'Universidad de Mayores Rey Juan Carlos', para mayores de cincuenta años que tengan interés por mejorar sus conocimientos y adentrarse, en la medida de sus posibilidades, en el mundo académico. Y el Profesor Juan Gestal⁶³ afirma que las claves para un envejecimiento saludable son una buena alimentación, el deporte y la ordenación del tiempo de ocio.

Del mismo parecer es el doctor William Haseltine⁶⁴, de la Universidad de Harvard, quien vaticina para los que nazcan en estos años llegar a centenarios con buena salud, gracias a la *medicina regenerativa*, llamada a suceder a la *medicina bioquímica*, y que permitirá tratar una serie de males, como la enfermedad de Alzheimer, la aterosclerosis o el Parkinson. Y un adecuado tratamiento farmacológico podrá aplicarse a las enfermedades mentales, a juicio del Profesor Sánchez García⁶⁵.

7. Hay una ancianidad llamada *activa*, que puede contribuir a hacer más llevadera la de quienes podemos decir que su ancianidad es *pasiva*. Estos deben ser objeto de atenciones especiales, pues, como sostiene Victoria Camps⁶⁶, al desaparecer la *ética del cuidado*, que mantenían las mujeres, frente a la *ética de la justicia*, que mantenían los varones, quedan sin los cuidados familiares muchas personas que ahora deben ser atendidas por los organismos públicos y las administraciones⁶⁷. Con todo, se acusa frecuentemente el desamparo en que se hallan los enfermos mentales.

⁶³ Juan Gestal, Catedrático de Medicina Preventiva en la Universidad de Santiago de Compostela, en el curso sobre *El proceso de envejecer saludable. La actividad física y el deporte*. San Simón, septiembre 1999.

⁶⁴ William Haseltine: *Bioteología*, en *El Mundo, SALUD*, 18.6.98, p. S2, y en *El País*, 27.10.99, p. 45.

⁶⁵ De la Universidad Autónoma de Madrid. Entrevista en *ABC*, 14.1.99.

⁶⁶ Victoria Camps, Catedrática de Ética en la Universidad Autónoma de Barcelona: *El genio de la mujer*. Conferencia en la Casa de América, Madrid, 1 diciembre 1999.

⁶⁷ Ver también: *Los derechos de los ancianos en la sociedad actual. (Observaciones a distintos problemas de la tercera edad)*, del Profesor José Manuel González Porras, en Cursos de Verano, Ronda 2001. Universidad Rey Juan Carlos, cita en nota 33 anterior.

Pero también, llegando en buenas condiciones a esas edades, se pueden prestar a la misma sociedad que los acoge muy buenos y señalados servicios. Si llegaren a instituirse el *abuelazgo*⁶⁸ o el *ancianismo*, podríamos contar con una especie de código que regule las relaciones interpersonales dentro de los varios segmentos de una sociedad, en el seno de la familia y fuera de ella. El papel de los mayores en la familia es fundamental para la acogida de enfermos drogadictos o de Sida, así como para ofrecer sus impagables servicios a unos y otros enfermos necesitados de especiales atenciones. La función de *cuidadores* se puede confiar a estas personas mayores. 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, por lo que se alerta sobre el peligro del actual modelo de asistencia a los mayores.

La desaparición de los cien mil objetores de conciencia que aportaban su labor a las ONG va a producir un vacío que se piensa llenar con mayores jubilados. En esta dirección se mueven las preocupaciones de la Cruz Roja⁶⁹. Y hasta se propone que este servicio a los impedidos, prestado a domicilio, sea costado por la Seguridad Social⁷⁰.

Se propone también ajustar los tiempos, sincronizando la edad cronológica con la biológica, como intenta la *Medicina de Antienvejecimiento*⁷¹, nacida como consecuencia de la mejoría de la calidad de vida; y adquiriendo nuevos hábitos, basada en el principio de que *la edad es inevitable, pero no lo es envejecer*. El envejecimiento puede

⁶⁸ Véase el estudio de la Profesora Carmen Hernández Ibáñez: *Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil*. Universidad Rey Juan Carlos. Cursos de Verano, Ronda 2001. También Emilio Durán Corsanego: *Jubilados y jubilosos*, en 'Pausa', enero-marzo 1996

⁶⁹ Juan M. Suárez del Toro, Presidente de Cruz Roja Española, Memoria económica correspondiente a 1988.

⁷⁰ En el llamado *Plan de Acción para personas mayores 2000-2005 (Plan Gerontológico Estatal)*.

⁷¹ Doctor Vincent Giampapa, Presidente de la Academia Americana de Antienvejecimiento, y Fundador del *Instituto Internacional de Longevidad*; y Doctor Jesús Sierra, miembro del mismo en España, en *ABC*, 19.9.99.

ser una etapa fértil en la vida del hombre. El *saberse* viejo no es lo mismo que *sentirse* viejo, como afirma José Luis López Aranguren⁷².

C/ Factores de riesgo de *incapacidad*.

1. El *envejecimiento* de la población española se debe al incremento en la esperanza de vida de las personas y en la drástica caída de la natalidad. Ya hemos visto que para el año 2020 será de 76 años para los varones y 84 para las mujeres; y que el veinte por ciento será de personas mayores de sesenta y cinco años, con un considerable aumento del riesgo de padecer demencia senil. Esto supone que una gran parte de la población perteneciente a ese segmento de edad, se halla expuesta a nuevas enfermedades, hasta entonces jamás experimentadas ni sufridas, o, por lo menos, desconocidas en gran parte. Se cree que para el siglo próximo las principales causas de muerte⁷³, además de los accidentes, serán estas tres enfermedades: las cardiovasculares, el cáncer y las *neurodegenerativas*. Y, como en el resto de Europa, serán precisos cambios en el sistema asistencial destinando más recursos a la *prevención* y el tratamiento de estas enfermedades crónicas que habrán de sufrir las personas mayores. En las mujeres se acusa una mayor influencia de estos efectos.

Las nuevas enfermedades descubiertas desde que se hace patente el envejecimiento, o la edad *prolongada*, son conocidas con el nombre de *emergentes*. Aquellas que creyéndose definitivamente desterradas hace años, como la tuberculosis o la difteria, y cuya reaparición se

⁷² José Luis L. Aranguren: *La vejez como autorrealización personal*. 'INSERSO', Madrid, 1992.

⁷³ Alvaro Mutis hace decir a su personaje Maqroll, que 'la verdadera muerte no es la que se presenta como una enfermedad: ese es el fin. La muerte que uno lleva adentro, con la que ha vivido desde que nace, se manifiesta a estas alturas en forma sigilosa, a base de alejar recuerdos e ilusiones, a base de irnos aislando del presente y acercándonos al pasado... es un regreso muy intenso a la niñez y a la juventud'.

denuncia en estos tiempos, se llaman *reemergentes*. En los últimos quince años han surgido o reaparecido cuarenta enfermedades.

Que el riesgo va en aumento lo demuestra la reciente aparición de una nueva enfermedad, variante de la llamada de *Creutzfeldt-Jacob*, conocida como 'encefalopatía espongiiforme bovina' variante humana del llamado 'mal de las vacas locas', lo que pone de relieve la posibilidad de que mediante la transfusión de sangre la infección pueda saltar la barrera de las especies sin perder sus perniciosas cualidades. Se trata de un fenómeno que puede afectar a la salud humana y a provocar discapacidad, que va cobrando una preocupante actualidad, y que divide a políticos y técnicos en un cruce de datos, acusaciones y propuestas de solución, dadas las enormes pérdidas materiales y perjuicios de toda índole que se están produciendo continuamente, y para lo cual todavía no se percibe un horizonte de próxima solución, si bien recientes investigaciones en California han abierto algunas esperanzas.

El desafío que suponen estas enfermedades víricas y bacterianas es debido a varias causas, la menor de las cuales no es el *cambio climático*, que modifica los hábitos migratorios de las aves, portantes de infecciones hacia zonas geográficas nuevas, donde proliferan; así como las *guerras* y las *emigraciones humanas forzadas* son también factores a tener en cuenta⁷⁴. Por sí solas, las enfermedades físicas o corporales, por regla general, no suponen incapacidad, como sí pueden causarla las psíquicas o mentales.

a/ Los estudiosos de este fenómeno citan numerosas *enfermedades neurodegenerativas* susceptibles de producir en el paciente una incapacidad previsible debido al carácter hereditario de la mayoría de ellas. La última demencia presenil de carácter hereditario descubierta recientemente ha sido descrita por un equipo de investigadores de la Universidad de Nueva York, así como su posible incidencia en la población

⁷⁴ Doctor Esteban Domingo, del *Centro de Biología Molecular Severo Ochoa*, de Madrid, en el VI Congreso Nacional de Virología, Madrid, octubre/1999.

envejecida. La llamada 'Década del Cerebro' es una iniciativa norteamericana que pretendía atajar las consecuencias de los trastornos vasculares cerebrales, la esclerosis múltiple y las enfermedades neurovegetativas. Son numerosas; veamos algunas de ellas:

1ª. *Síndrome del cromosoma X frágil*, disfunción genética que puede disminuir la capacidad intelectual de los varones y de las mujeres que la padecen, que muestran una rara facilidad de imitación, buena memoria y orientación, y un excelente sentido del humor; pero también lenguaje repetitivo, dificultades de aprendizaje y falta de atención. En octubre de 2001 se habían convocado en Barcelona las 'Primeras Jornadas Interdisciplinarias del Síndrome X Frágil', organizadas por la Fundación Echevarne, con la asistencia de unos quinientos profesionales, en el curso de las cuales se puso de manifiesto la creciente preocupación ante los problemas que afectan a uno de cada cuatro mil varones, y una de cada seis mil mujeres, y que en la actualidad carece de un adecuado tratamiento.

2ª. *La enfermedad de Lafora*, un agresivo tipo de epilepsia, que fue descrito en los Estados Unidos en el año 1911 por el neurólogo español Gonzalo Rodríguez Lafora. Afecta principalmente a poblaciones del área mediterránea, Irán y la India. Se manifiesta a una edad relativamente temprana, provocando una progresiva degeneración neurológica.

3ª. *Enfermedad de Huntington*. Se trata de una patología neurológica degenerativa, autosómica y dominante, conocida hoy en día como una de las enfermedades hereditarias más comunes, aunque en su día era considerada como rara. Fue descrita en 1872 por un médico de medicina general llamado George Huntington. Cada hijo de un enfermo tiene una probabilidad de un 50% de heredarla; pero si no la hereda, ya no la transmite a su descendencia. Conforme avanza la enfermedad, el lenguaje se hace difícil de articular, aumenta la pérdida de memoria y se deterioran el razonamiento y el juicio, lo que produce la pérdida de la capacidad mental y del control físico total. El paciente, debilitado, puede fallecer a los

diez o doce años de haberla contraído. Los más recientes trabajos de investigación de esta enfermedad tratan de frenar su desarrollo mediante la aplicación de terapias génicas que actualmente se encuentran en una fase preliminar. Las compañías aseguradoras inglesas evitan asegurar a los descendientes de estos pacientes sin un previo examen exhaustivo de pruebas genéticas.

4ª. La *atypical connecting tissue disease*, enfermedad que padece el Dr. Thomas Klestil, Presidente de Austria, nacido en 1932 en Viena. Se trata de una enfermedad desconocida, así llamada por un experto norteamericano, que puede degenerar afectando muy seriamente a la capacidad de las personas.

5ª. La llamada *enfermedad de Parkinson*, en honor de su descubridor el Dr. James Parkinson (1755-1824), médico inglés al que se deben los primeros y más importantes estudios sobre la parálisis agitante que produce una encefalitis. Consiste en la pérdida de las neuronas que producen 'dopamina', una sustancia fundamental para realizar los movimientos de manera precisa y coordinada, cuyos síntomas característicos son: temblor, rigidez, torpeza y lentitud a la hora de moverse. Se está investigando sobre una vacuna para combatir esta enfermedad, que ya afecta al uno por ciento de las personas mayores de sesenta años; en España la padecen cerca de cien mil enfermos. Si bien sus efectos se limitan, preferentemente, a sacudidas de las extremidades y de la cabeza, su incidencia sobre el cerebro puede llegar a mermar considerablemente la capacidad de obrar, y hasta a debilitarlo y a anular sus facultades. En ocasiones, las personas viudas que padecen esta enfermedad, tras matrimonios duraderos o prolongados, y cuanto más armoniosa fue su relación, sufren alucinaciones relacionadas con la presencia de su cónyuge ausente, al que ven sentado en su butaca habitual, sobre todo por la noche, con sueños vividos, terrores nocturnos y pesadillas que duran semanas o meses, y pueden conducirles a un indeseado estado de *delirium tremens* condicionado por las particularidades del tratamiento que reciben.

La preocupación de la actual Medicina acerca de quienes padecen esta enfermedad se ha puesto de manifiesto con las celebraciones de la 'I Jornada Nacional sobre Parkinson' y la 'Semana Mundial', celebradas ambas en Granada en el mes de abril de 1998, llegando a proponerse una nueva terapia de estimulación cerebral profunda; así como de numerosos Congresos, Asambleas, etc., en España y fuera de ella, en fechas posteriores. El 11 de abril de 2000 se celebró el 'Día Mundial de la Enfermedad de Parkinson', dando fin a la llamada 'Década del Cerebro' para mejorar la calidad de vida de quienes padecen esta enfermedad. Hoy es el primer objetivo de los estudios británicos con 'células madre'. Y ya se están utilizando diversas técnicas quirúrgicas que consisten en colocar en el cerebro un electrodo para lograr un estímulo profundo de las neuronas. Esta enfermedad es la que padece Casius Clay, que fue campeón mundial de boxeo.

6ª. Pero acaso la enfermedad que mayor incidencia tiene sobre este sector de la *edad prolongada* sea la conocida como el *mal de Alzheimer*, considerada la enfermedad senil más frecuente, y que padecen en el mundo unos veintitrés millones de personas, más de cuatrocientos mil españoles y entre ellos, unos veinticinco mil gallegos, y con tendencia a aumentar. El 3 de noviembre de 1906, el Dr. Alois Alzheimer describió en un Congreso de Psiquiatría celebrado en Tübingen una patología diagnosticada a una mujer de cincuenta y un años de edad, que respondía al nombre de Augusta, y que cinco años antes había acudido a su consulta. Perdido este historial clínico durante algún tiempo, fue recuperado y se sometió a nuevos estudios, llegándose a la conclusión de que se trataba de una enfermedad originada por un proceso aterosclerótico en el cerebro, si bien este diagnóstico se rectificó en el sentido de que se trataba de una demencia presenil. Esta enfermedad produce en sus pacientes una decadencia moral e intelectual que lleva hasta la obliteración de toda afección; la actividad intelectual va disminuyendo pudiendo llegar a una completa pasividad; el lenguaje se hace incoherente, el enfermo habla sin conciencia ni significación de lo que

dice; los afectos se extinguen y conducen a que todo sentimiento se borre. Y como, por desgracia, esta enfermedad es incurable en nuestros días, a poco que se prolongue la vida del demente se llega al aniquilamiento total de sus facultades. La importancia de su incidencia en la población se deduce del hecho de que se están realizando continuamente estudios para prevenir y disminuir su maligna eficacia. No pasa un día sin que se publique en los medios de información y de difusión general alguna noticia referente a esta enfermedad y a la lucha contra ella. Las más recientes apuntan a ensayos de una vacuna que si no cura, al menos retrasa la enfermedad; o a la posibilidad de que el consumo de antiinflamatorios, como la aspirina, pueda disminuir el riesgo de sufrir esta enfermedad; y se propone actualmente la aplicación del óxido nítrico en el desarrollo cerebral. También, en busca de soluciones para enfermedades como el *mal de Alzheimer*, se hacen experimentos para aumentar la memoria de las moscas. Ya a mediados del mes de abril de 1998 se había celebrado en Ginebra el V Simposio Internacional sobre el *mal de Alzheimer*, del que nació la puesta en marcha de un “Primer Plan de Prevención Mundial”, patrocinado por la Fundación Ronald Reagan. Entre nosotros, desde el año 1989 existe la ‘Asociación de Familiares de Enfermos de *Alzheimer* de Madrid’; y a partir de 1991 tenemos la ‘Fundación Alzheimer España’. La Compañía Telefónica, S.A. tiene dependiente de ella a una sociedad que, precisamente, se denomina ‘SOS *Alzheimer*, S.A.’⁷⁵; y la Fundación ‘La Caixa’ concede ayudas a la investigación de enfermedades degenerativas, como el *mal de Alzheimer*. Con todo, el número de los afectados por esta enfermedad va en aumento, según un estudio de la Generalitat de Catalunya; que se calcula que hoy, en España, afecta a casi medio millón de personas. Las más recientes investigaciones la relacionan con el tamaño del perímetro craneal; y tienden a un tratamiento especial y muy controlado con nicotina, que se aplica a los enfermos, habiéndose logrado sino evitar la enfermedad sí al menos detener o retrasar el proceso degenerativo; o, como el fármaco denominado ‘Cerebrolysin’, capaz de restaurar áreas cerebrales lesionadas. Para evitar la desorientación del enfermo se le dota de un *chip* que permite localizar a los que se extravíen.

⁷⁵ ‘Informe anual, 1999’, p. 258.

Es de desear que no resulte excesivamente optimista la afirmación hecha por el neurocientífico Allen David Roses⁷⁶ cuando declara que ‘dentro de veinte años la *enfermedad de Alzheimer* dejará de preocuparnos’. Hoy ya es posible lograr que una mujer predispuesta a transmitir esta enfermedad, pueda dar a luz un bebé libre de la mutación. Esta es la enfermedad que desde hace varios años viene padeciendo el Presidente Reagan, quien al sentirse amenazado por ella, decidió en el año 1992 despedirse de este mundo en una carta abierta muy emotiva: *una vida sin memoria no es vida*, afirma en ella; y desde entonces Reagan no ha aparecido más en público: así, en 1997, su octogésimo sexto cumpleaños pasó totalmente desapercibido, y tampoco se le recordó en el X aniversario del derribo del Muro de Berlín, pese a haber sido uno de los principales protagonistas del acontecimiento que se conmemoraba. Al cumplir Reagan noventa años, el 6 de febrero de 2001, su esposa Nancy decidió no celebrar acto alguno, ni recibir visitas, a fin de evitar el espectáculo de un anciano ‘que ha perdido toda conexión con la realidad’, ya que el *mal de Alzheimer* que viene padeciendo le ha borrado por completo de la memoria toda su vida. Otros personajes célebres víctimas de esta cruel enfermedad han sido María Teresa León, la primera esposa de Rafael Alberti, que acaso hubiera podido tomar ciertas determinaciones ante la inminencia de su mal; la escritora británica Iris Murdoch, quien legó su lesionado cerebro a la ciencia para su estudio y el escritor italiano Giorgio Bassani, que en 1962 escribió su relato autobiográfico en *El jardín de los Finzi-Contini*, llevado al cine por Vittorio de Sica unos años después. Recientemente se ha dado la noticia de que el húngaro Puskas, famoso futbolista que fue del Real Madrid en los años ochenta, es otro paciente que sufre esta enfermedad; y, al parecer, otra víctima de este mal es el conocido actor Juanjo Menéndez, según acaba de hacerlo público su familia. El ex secretario de Estado norteamericano, Cyrus Vance, es también víctima de esta enfermedad. La creciente y constante influencia del *mal de Alzheimer* es motivo de preocupación; y así, se la reconoce como ‘una de las más significativas en

⁷⁶ Profesor de Neurobiología y Neurología en la Universidad de Duke, Carolina del Norte, en *ABC, SALUD*, de 5 dicbre. 1999, p. 14.

los últimos tiempos, presentando un gran impacto en nuestra sociedad'⁷⁷, en donde a comienzos del tercer milenio ya afecta al cinco por ciento de las personas mayores de sesenta años. A veces, es causa de mayores males, como el caso de un anciano que padecía cáncer, mata a su mujer, enferma de *Alzheimer*, suicidándose seguidamente.

7^a. El llamado *síndrome del desorden postraumático (PTSP)*, vulgarmente conocido también como *síndrome de Vietnam*, secuela que sufren algunos soldados estadounidenses, si bien no debe considerarse como una enfermedad propia y exclusivamente *neurodegenerativa*. Varios de sus síntomas ya se encuentran descritos en *La Ilíada* de Homero. Y se acaban de presentar nuevamente desde el año 1993 en algunos soldados, los llamados 'héroes croatas', que participaron en las guerras de Yugoslavia y del Golfo, que sufren pérdida de células cerebrales, y solicitan recetas de medicamentos para dormir o poder soportar mejor la enfermedad, en el curso de la cual sienten la necesidad de suicidarse para huir de una sensación de 'sofoco y locura indescriptibles'. Se han registrado síntomas parecidos en miembros de escotas de varios personajes y de vigilancia en lugares amenazados, que causan baja debido a los trastornos mentales que les causan la tensión y el cansancio que sufren en el ejercicio de sus actividades de protección. También tras la llamada 'Guerra de las Malvinas', se han registrado más de seiscientos suicidios y la necesidad de asistencia psicológica a casi todos los supervivientes.

8^a. El año 1974, el psicólogo clínico Herbert Freudenberger bautizó con la denominación de *síndrome de Burnout* el conjunto de anomalías que sufrían determinadas personas que sentían una profunda depresión ante lo que consideraban un sonoro fracaso de su actividad profesional, en especial en la clase médica y asistencial, y en el personal docente. Quienes la padecen manifiestan los síntomas típicos de las depresiones o del *estrés*, pero con la particularidad de que la raíz de su mal se encuentra

⁷⁷ *Agenda de los mayores. 2000 y 2001*. Ayuntamiento de Madrid/Caja Madrid, Obra social. Madrid, 2000 y 2001, p. 46.

en su propio trabajo, pues el agotamiento a que llegan no se compensa con el interés de hacer 'algo por alguien'. Este desencanto que produce el 'síndrome de desgaste profesional' -estar quemado-, se caracteriza por fatiga crónica, tensión muscular, trastornos de sueño, etc.; acompañado frecuentemente por irritabilidad, aumento de conflictos con otras personas, falta de ganas de realizar su quehacer, críticas injustas a compañeros de trabajo. Y estos sentimientos depresivos, ansiedad, obsesiones, fobias, etc., conducen a situaciones de paranoia y, en ocasiones, al suicidio. Ya la 'Fundación Pharmacia' celebró un debate en el Colegio de Médicos de Madrid sobre la autoestima y la motivación de los profesionales sanitarios, y en 1999 se constituyó una 'Asociación Burnout' entre algunos profesionales de la Salud.

9ª. La *fibromialgia*, es una enfermedad crónica, progresiva e incapacitante, que ocasiona trastornos de sueño, desequilibrio, lentitud mental y pérdida de la memoria, depresión y ansiedad.

10ª. Conocida desde antiguo, pues ya la trataba Hipócrates, la *hidrocefalia* es una enfermedad que consiste, según su propia etimología, en 'agua en la cabeza'. Se presenta con una frecuencia de entre 3 y 5 casos por cada mil nacimientos; pero hasta un diez por ciento de las demencias en los adultos tienen como causa una hidrocefalia crónica, y en especial afecta a las personas mayores debido al aumento de la esperanza de vida que antes hemos citado, ya que con la edad el sistema de eliminación del líquido céfalorraquídeo envejece y surgen problemas en su reabsorción. Sus síntomas principales son: dificultades para la marcha, pérdida de memoria, incontinencia urinaria y otros, algunos de ellos comunes a otras patologías, como el *Alzheimer*, por lo que se hace preciso un diagnóstico diferencial, con pruebas como el escáner o la resonancia magnética o el registro de la presión intercraneal dentro del cerebro, con el fin de derivar el exceso de líquido de la cavidad craneal hacia otros lugares del cuerpo, como el abdomen, donde se absorbe sin dificultad.

11^a. La llamada *fobia social*, que no es otra cosa que el temor que afecta a algunas personas, generalmente de trato agradable y con una gran capacidad afectiva, aunque con muchas dificultades para demostrarlo. Sufren trastornos de ansiedad que pueden variar desde una ligera intranquilidad hasta el pánico. Hay ciertas fobias llamadas ‘específicas’: miedo a algunos animales, heridas corporales; otras, llamadas ‘ambientales’, como el mal de altura; pero la verdaderamente incapacitante es la llamada ‘fobia social’: miedo a ser observado, a la interacción social, a comer con extraños, hablar en público o a relacionarse con personas de cierta autoridad, situaciones que producen una inhibición cada vez mayor, y arrastran a quienes la sufren hasta conductas que revelan una verdadera incapacidad inhabilitante para poder regir su persona y sus bienes.

b/ Pero hay *otras enfermedades* que, indirectamente, llegan a provocar disfunciones mentales que pueden llevar, en algunos casos, a la *incapacidad progresiva*. Algunas solo afectan al cuerpo: manos que no obedecen, piernas que no pueden caminar, lengua que no puede expresar los sentimientos; pero no al cerebro ni a los sentidos. Es la llamada *Esclerosis lateral amiotrófica*, abreviadamente “ELA”. No obstante, esta paralización no ha impedido que una joven esclerótica, Caty Salom, una mallorquina de 25 años, haya escrito un libro autobiográfico⁷⁸, demostrando una plena lucidez mental con su único medio de expresión, el movimiento de los párpados. Ni al científico Stephen W. Hawking aportar su contribución a la física teórica⁷⁹. En cambio, Angel Ganivet perdió la razón a consecuencia de la *avariosis*, que había de originarle una parálisis general progresiva que le llevó al suicidio lanzándose al río Duina el 29 de noviembre de 1898⁸⁰.

⁷⁸ *Soy Caty Salom. Tengo esclerosis lateral amiotrófica*. Presentado en Málaga por el Instituto de Lenguaje y la Comunicación de Sevilla, en octubre de 1999.

⁷⁹ Ejemplos de sus trabajos: Stephen W. Hawking: *Historia del Tiempo*, Editorial Crítica, Barcelona, 1988; y *The Universe in a nutshell*, 1999.

⁸⁰ Antonio Espina: *Ganivet. El hombre y la obra*. ‘Espasa Calpe’, Colección Austral, 290. José F. Acedo Castilla: *Ganivet desde el 98*, en ‘Razón Española’, nº 97, sep-oct/99, p. 171.

2. A veces, *causas externas*, como:

a/ La *jubilación por decreto*, tantas veces a una edad y en unas condiciones aptas para la actividad normal⁸¹, puede producir una depresión en personas sanas, que las lleve a una situación de pérdida o debilitación de la capacidad o, por lo menos, a un decaimiento psíquico que les impida una adaptación a su nueva vida, y que a algunos ha llevado a pensar en el suicidio. Sin desconocer que constituye uno de los principales problemas del sistema de pensiones, en España viene produciendo cierta preocupación; y así en Cataluña se piensa en crear un Servicio de Ocupación, que permita a los jubilados seguir trabajando voluntariamente sin perder su derecho a pensión. Un reciente estudio de la OCDE recomienda incrementar en dos años la edad efectiva de jubilación, a fin de ‘evitar el impacto del envejecimiento de la población’. Las NN.UU. caminan también en la misma dirección. En algunos países, como Francia, se han movilizad multitudines en demanda del aumento de la edad laboral; y en España ya se empieza a abogar, desde las esferas oficiales, por flexibilizarla, ante el envejecimiento de la población. El Real Decreto sobre Jubilación Flexible preve la contratación de trabajadores mayores de sesenta años que lleven más de cinco años en la empresa, que se estimula con ventajas fiscales y reducción de las aportaciones a la Seguridad Social. Todo a fin de evitar el ‘shock’ del prejubilado.

Para la Profesora Victoria Camps⁸² esta jubilación obligatoria es una perversión del sistema, que crea graves problemas y que está en contradicción con el derecho al trabajo. Esta ‘ancianidad decretada’, en opinión del Dr. Gerardo Hernández⁸³, llega a muchas personas que se encuentran en óptimas condiciones físicas y psíquicas, lo que puede provocar problemas psicológicos: un treinta por ciento vive de forma

⁸¹ Carlos Amigo Vallejo, Arzobispo de Sevilla: *La nobleza de la familia*, en ABC, 3.12.99, p. 88.

⁸² Victoria Camps es Catedrática de *Ética* en la Universidad Autónoma de Barcelona. Conferencia citada en nota 66.

⁸³ Profesor de Sociología de la Familia, en la Universidad de La Coruña, en el Curso *La Familia ante el siglo XXI*, de la UIMP.

negativa la 'entrada oficial' en la ancianidad⁸⁴. Otros, en cambio, se sienten más *jubilados* que *jubilados*, como el periodista Fernández Pombo⁸⁵, al decir que ha adquirido una independencia de la que difícilmente se goza en el ejercicio de la actividad que hasta entonces les había tenido ocupados. En cualquier caso, se ofrece a estas personas, como hemos visto, la oportunidad de participar en las labores de voluntariado lo que les permite sentirse útiles a los demás, con la consiguiente integración en la sociedad. En Cataluña, las personas de la 'edad *senior*', que son las comprendidas entre la retirada del mundo del trabajo remunerado, desde 50 a 60 años, hasta sentirse realmente mayores de edad, han constituido un llamado 'Consell Senior' que pone al servicio de toda la población los valiosos recursos humanos de sus miembros, al tiempo que siguen hacia una vejez digna y respetada. El Profesor Pérez Díaz⁸⁶ destaca la aportación de los mayores en orden a los cuidados familiares, al consejo y a la toma de decisiones. Por eso, la tendencia actual se encamina a alargar la vida laboral de los mayores, proponiendo alternativas o su incorporación como voluntarios a alguna ONG. En el citado 'Foro Valencia' sobre el envejecimiento, algunas ponencias van encaminadas a hallar fórmulas para garantizar la sostenibilidad del futuro del sistema de pensiones y de las prestaciones sociales en una Europa cada vez más vieja; por lo que se apunta, entre otras medidas, el retraso de la edad de jubilación más allá de los sesenta y cinco años, tal como se acordó en Madrid, durante la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno. Asimismo, el plan de la ONU sobre el envejecimiento propone retrasar la edad de jubilación. como una de las medidas para abordar los problemas que presenta el 'cambio demográfico'. Hoy se acepta que la vida de las personas está organizada en torno al trabajo, y el ocio resulta muy difícil de llenar.

b/ También las personas con *otros desórdenes afectivos* pueden llegar a sentirse dependientes de conductas de evasión inducidas por una sociedad en constante transformación, evidenciando una dificultad para

⁸⁴ En el estudio *La Jubilación del INE*, según *El País*, SALUD, 2.11.99.

⁸⁵ Alejandro Fernández Pombo, Presidente de la Asociación de la Prensa de Madrid, Entrevista en *ABC*, 10.11.99.

relacionarse con los demás. La psiquiatra Laura Ferrando⁸⁷ dice que es una incapacidad que hace que la persona pueda llegar a sentir un vacío muy grande, así que uno tiende, incluso de manera constructiva, a crear dependencias o actos de mucho esfuerzo que, a veces, están tapando estos vacíos.

c/ La *soledad* es también una posible causa que tras producir graves alteraciones en el sistema afectivo, puede abocar lentamente a una situación de incapacidad, pues la sociabilidad del adulto es difícilmente separable del miedo a la soledad. ‘El hombre es un ser naturalmente sociable’⁸⁸. Se busca al amigo, al vecino, al colaborador, y también al amante, aunque en este último caso presione, además, el instinto genésico. Estar sólo es una carencia que atemoriza. Superarla es posibilitar la continuidad de la especie, el trabajo, la solidaridad, el amor y el progreso⁸⁹.

No se trata de la soledad deseada de Fray Luis de León o de los místicos, que en su misma soledad encuentran la mejor compañía; ni de la buscada por Andy Warhol, que afirmaba ‘no ver nada malo en estar solo’. Un personaje de García Márquez piensa que el secreto de una buena vejez no es otra cosa que ‘un pacto honroso con la soledad’⁹⁰.

Pero esto será válido tan solo para quien voluntariamente busque su soledad, no para aquel a quien se le impone ni para quienes la sufren en constante añoranza de compañía. Las recientes estadísticas sobre personas que viven en soledad ponen de relieve un alarmante crecimiento del número de quienes se hallan en tan lamentables circunstancias.

⁸⁶ Víctor Pérez Díaz: *Ancianos y mujeres ante el futuro*. Instituto de Estudios Económicos. Número 83, ‘Claves de Razón Práctica’, p. 5.

⁸⁷ La Dra. Ferrando es Directora del ‘Instituto de Investigación y Asistencia Psiquiátrica de Madrid’.

⁸⁸ Aristóteles: *La Política*. ‘Colección Austral’, nº 239. Espasa Calpe. Madrid, 1941, p. 27.

⁸⁹ ‘Razón Española’, nº 110, novbre.-dicbre-/2001, p. 258.

⁹⁰ Así, el personaje de *Cien años de soledad*, de Gabriel García Márquez. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1969, p. 174.

Sin llegar a extremos como el que lleva a Víctor Hugo⁹¹ a hacer a la soledad semejante al infierno, sí cabe considerar, como Cela, que 'la soledad es el precio de la independencia... es un arma para poderosos y una herramienta para los fuertes de espíritu, pero es una rémora que dificulta las últimas singladuras de la barquichuela del desvalido al que ya le falta fuelle para resistir'⁹².

Y éste es el caso, que afecta en España a más de cinco millones de personas, de las que un veinte por ciento vive en el más absoluto aislamiento. En el año 1996, tan sólo en la Comunidad de Madrid, casi doscientas mil personas vivían en completa soledad; y de cada cinco hogares, uno era unipersonal y estaba constituido por una mujer, y de éstos, en la octava parte su única ocupante era una mujer mayor de ochenta años.

Actualmente se está ensayando un programa llamado 'Vive y convive', que al mismo tiempo que se aplica como una medicina contra la no deseada soledad de los ancianos, proporciona casa gratis para estudiantes, lo que permite establecer un intercambio solidario entre las dos generaciones. La iniciativa 'Programa Intergeneracional de Alojamientos Compartidos entre Gente Mayor y Estudiantes Universitarios' viene funcionando con notable éxito en Cataluña hace unos cinco años; y ahora se trata de extenderlo a otras regiones como la Comunidad de Madrid, en la cual ya se ha estrenado en la Universidad de Alcalá de Henares.

La *amenaza de la soledad*, de la que ya se empieza a hablar y escribir, es lo que recientemente ha llevado a un joven minusválido a ofrecer casa y comida gratis a cambio de compañía.

Este problema de la soledad y su repercusión en la salud física y mental de quienes la padecen, también ha merecido la atención de los

⁹¹ Víctor Hugo: 'El infierno está todo entero en esta palabra: soledad'. *Hors de la terre*, II, 8.

escritores; y así un alegato sobre el mismo se encuentra en la obra teatral 'Nuestra Señora de las Nubes', del argentino Arístides Vargas.

d/ Las maniobras que realiza determinado tipo de perversos con la finalidad última de destruir psicológicamente a una persona, ya sea en el ámbito familiar, ya en la esfera de trabajo o cualquier otra, como el llamado *acoso moral*, según lo estudia la psiquiatra francesa Marie France Hirigoyen⁹³. Supone un sutil proceso de 'violencia subterránea' que normalmente pasa desapercibido para las personas que rodean a la víctima, hasta que, al fin, ésta acaba perdiendo su personalidad y su capacidad de discernimiento. En la esfera del *trabajo*, reviste una forma de violencia psicológica extrema en el lugar donde se desarrolla el mismo trabajo, que se produce habitualmente de un superior, al que los psiquiatras españoles denominan 'mediocre inoperante activo', a un inferior y, en ocasiones, las personas que rodean a este acusado también ayudan a ese superior, con la finalidad de excluir a aquél del contorno laboral; y en casos extremos, incluso esta persona puede llegar a perder el juicio, y hasta al suicidio⁹⁴. En el acoso moral apenas existen secuelas físicas, pero sí psicológicas, y la capacidad de respuesta llega a implicar a la familia. Por ello, se da una creciente atención a este problema, y los poderes públicos ya han comenzado a actuar, pues en 1988 la OIT ha manifestado señales de alarma, subrayando que el grupo más afectado es el de las mujeres. La Unión Europea considera el *acoso moral* como un tipo de violencia de género. Y para el Profesor Sagardoy⁹⁵ el empresario debe salvaguardar los derechos del trabajador como persona, y el trabajador tiene contraído un compromiso de lealtad contractual. La cuestión, por otra parte, llegó al Parlamento español el 5 de marzo de 2002, que debatió una iniciativa 'para combatir el acoso moral en el trabajo', rechazada hasta que se resuelva el problema por la misma Unión Europea. Pero ya han surgido

⁹² Camilo José Cela: *Sobre las suertes de la soledad*. ABC, 2.4.2000, p. 13.

⁹³ Marie France Hirigoyen: *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. 'Paidós'. Barcelona, Buenos Aires, México, 1999. En especial *Las consecuencias a largo plazo*, ps. 139 y sigs.

⁹⁴ Según Javier Vadillo, técnico superior en psicología laboral, en *O Correo Galego*, 2.7.2001.

⁹⁵ Juan Antonio Sagardoy: *La dignidad en el trabajo y el 'mobbing'*. ABC, 19.3.2002.

iniciativas y existen varias Comunidades autónomas, Madrid y Galicia entre ellas, cuyos Parlamentos instan a sus respectivos Gobiernos a legislar sobre la materia o a tomar las medidas y acciones necesarias. Existen también asociaciones cuya prioridad es lograr una legislación sobre la materia, teniendo en cuenta que sufren este acoso moral más de millón y medio de personas, y ya han provocado algunas víctimas mortales, la última, un trabajador que tras haber sufrido este acoso, se suicidó, y su muerte fue considerada como un accidente de trabajo por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. También un Juzgado de Santa Cruz de Tenerife condenó a la Administración por un caso de ‘acoso moral a un trabajador’.

El problema de este ‘terrorismo psicológico’ en el trabajo, como se le viene conociendo, exige una creciente mayor atención: en Galicia se registra hasta un siete por ciento de la población activa gallega la que se siente fustigada moralmente en el campo laboral por este acoso que, en la terminología inglesa, se conoce como *mobbing* (atropello, acoso, persecución), y acaba por conducir a quienes lo sufren a depresiones, crisis, insomnio, tentación de suicidio, alcoholismo, etc., hasta alcanzar cotas de anulación de la personalidad, que los abocan a una incapacidad total o, cuando menos, parcial.

La gravedad del problema aumenta con el riesgo de su propagación a *otros ámbitos*. Ya se empiezan a registrar síntomas de esta persecución, y así, Rafael Redondo, Profesor de la UPV/EHU, autor de ‘Sombras de la Universidad’ lo denuncia en un artículo publicado en la prensa bilbaína del diez de marzo del año dos mil dos, y cuyo título, precisamente, es éste: ‘Acoso moral en la Universidad’.

Una variedad de esta perversión es el *acoso sexual en el trabajo*. Una Directiva de la Unión Europea de 1976, sobre igualdad de trato, que se reformó en abril del 2002, y será de obligado cumplimiento por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea el año 2005, considera que existe acoso sexual en el trabajo ‘en toda situación en la que se produce

cualquier comportamiento verbal, no verbal, o físico no deseado, de índole sexual, que el autor conoce o debería conocer, que tenga por objeto o efecto violar la dignidad de una persona, o crear un contorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo’.

3. *Otros factores* o, como dice García-Granero ‘accidentes con secuelas sobre la capacidad’, con *incapacitación* sobrevenida pueden encontrarse en determinadas actividades. Para Paloma García-Luben Barthe, estas causas de incapacitación inciden sobre la capacidad jurídica y sobre la capacidad de obrar; y se derivan de alteraciones psíquicas, físicas o psico-físicas, incluyendo dentro de estas últimas la demencia senil (senilidad, senectud), la toxicomanía y el alcoholismo. La memoria ya no funciona como antes, disminuye la capacidad para aprender cosas nuevas, se pierde atención e interés, y surgen problemas en la capacidad de razonamiento así como dificultades para planificar o enfrentarse a situaciones problemáticas. Hoy en día -añade- todas las enfermedades y deficiencias mentales pueden dar lugar a la incapacitación; pero si toda enfermedad supone una deficiencia, no toda deficiencia es una enfermedad⁹⁶.

a/ La creciente *contaminación acústica* en las grandes ciudades, así como la utilización excesiva de la llamada ‘telefonía móvil’, entre otras muchas causas, presentan cuadros que a veces llegan a provocar en pacientes graves alteraciones cerebrales que afectan al correcto funcionamiento de una personalidad normal, en el ejercicio de su plena capacidad jurídica, y pueden llevar hasta la incapacitación de los afectados.

b/ En España, la media de *accidentes laborales* triplica la de la Unión Europea, según se puso de manifiesto en el año 1998, con motivo del “Día Internacional de la Seguridad y la Salud en el Trabajo” que se

⁹⁶ Ana-Victoria García-Granero Colomer: *La autotutela en el Derecho común español*, en ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, enero/1998, p. 211. Paloma García-Luben Barthe: *El proceso de incapacitación por enfermedad por deficiencia física o psíquica*. Editorial Colex’, Madrid, 1999, ps. 93, 113 y 115.

celebra el 28 de abril. Con todo, según un Informe elaborado por la Agencia Europea de Estadística presentado en Barcelona en abril del año en curso por Odile Quintin, Directora general de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, son Dinamarca, Suecia y Bélgica, con 121, 118 y 116 accidentes, respectivamente, por cada cien mil afiliados sindicales, los que superan los 115 accidentes que se registran en España.

Al lado de los accidentes mortales, unos seis mil al año en Europa, de otros muchos resultan lesiones cerebrales de consideración, que pueden llegar a provocar la incapacitación de quienes las sufren. El problema es más acuciante y cobra creciente importancia, como lo demuestran dos disposiciones especiales sobre esta materia: 1) la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo artículo 25 se dispone una especial protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo, a causa de su situación de discapacidad física, psíquica o sensorial; y 2) el hecho de que una reciente Ley, la 38/1999, de 5 de noviembre, en su artículo 1º,2, hace referencia 'a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación' para remitirse a la legislación específica sobre la materia. Actualmente se trata de fomentar la prevención de estos riesgos en todos los niveles educativos

Otras actividades *laborales*, como la construcción, las de mineros, trabajadores nocturnos o en despoblado, vigilantes, antenistas, limpiadores de fachadas, operadores de grúas a gran altura, etc., han provocado frecuentemente accidentes dejando como secuela ciertas alteraciones mentales, que pueden llevar a una incapacidad. Es el caso que acaba de detectarse en algunos guardias civiles destinados en embajadas españolas en ciertos países en los que la seguridad ciudadana no está suficientemente garantizada, y a lo que ya nos hemos referido. O escoltas de personas amenazadas, como el que llevó al suicidio al de un Juez en el País Vasco.

Pero el accidente laboral se puede sufrir, no sólo en el que llamamos 'trabajo material', sino que, asimismo, puede ocasionarse en otros tipos, como el llamado *intelectual* o a consecuencia del mismo. La ciencia o las ideas científicas han llevado al manicomio a varios investigadores: se cuentan los casos del físico alemán Julius von Mayer (1814-1878), descubridor de lo que sería el primer principio de la termodinámica, y del médico ginecólogo austríaco Ignaz Semmelweis (1818-1865), que descubrió el origen de la fiebre puerperal; los cuales, al ver discutidas y puestas en duda sus fórmulas y sus prácticas, que les privarían de la prioridad en sus investigaciones, se volvieron locos a lo largo de las disputas y discusiones para la defensa de aquéllas, y hubieron de ser ingresados en sendos sanatorios psiquiátricos.

c/ Está generalmente aceptado que ocho horas diarias de sueño son necesarias para gozar de una buena salud. No obstante, parece que en aquellas personas que duermen cada noche de seis a siete horas hay una menor tasa de fallecimientos, por lo que se recomienda 'dormir menos para vivir más'.

El 21 de marzo del 2002 se celebró el 'Día Mundial del Sueño' en el que se puso de relieve la necesidad que tiene el ser humano de un número de horas de sueño continuo, no fragmentado. Otra cosa puede ocasionar en el sujeto disfunciones que afectan a su normal funcionamiento. El insomnio puede producir depresiones y riesgo de accidentes.

La llamada *apnea del sueño*, que en España afecta casi permanentemente a un cinco por ciento de la población masculina y a un uno por ciento de la femenina, produce somnolencia diurna con el consiguiente peligro para quienes la sufren, que, en el caso de los que realizan trabajos de precisión, de conductores de vehículos o de trabajadores de la construcción, supone un evidente riesgo de accidentes en el trabajo. También puede afectar considerablemente a quienes sufren trastornos del sueño por el trabajo con turno rotatorio o por el cambio horario, o *jet-lag*. La Unidad del Sueño de la Fundación Jiménez Díaz

diagnostica y trata cada año a unos tres mil pacientes con insomnio; y explica que el cincuenta por ciento de los españoles padece algún trastorno del sueño, en tanto un treinta por ciento de la población está afectado por la *apnea del sueño* en algún momento de su vida. El 'Instituto de Tráfico y Seguridad Vial' de la Universidad de Valencia acaba de hacer público un estudio del que se deduce la conclusión de que el sueño está relacionado, directa o indirectamente, con el veinticinco por ciento de los accidentes de tráfico. Su importancia ha motivado la creación del *Día Internacional del Sueño*, fijado para el 21 de marzo.

d/ También hay incapacidad sobrevenida por otras causas que provocan accidentes de *tráfico*, o como consecuencia de la práctica de alguna actividad *deportiva*, sobre todo las que suponen alto riesgo: montañismo, acrobacia aérea, expediciones de caza o de excursiones, *puenting*, safaris, etc., sometidos a la posibilidad de sufrir accidentes graves que lleve a una *incapacitación*. Incluso los que aparentemente excluyen la violencia pueden producir efectos negativos: se cuenta la curiosa anécdota de Billy McPhail, exjugador del Celtic escocés, que intentó demostrar ante un juez que la demencia senil que padecía pudo ser originada por las lesiones cerebrales que le produjo haber jugado al fútbol con balones de cuero, alegando que 'los que juegan al fútbol tienen más posibilidades de experimentar problemas en su tercera edad'. Pero algo de verdad debe haber en ello, cuando nuestro Tribunal Supremo condenó al Ministerio de Educación a pagar una indemnización de treinta y cuatro millones de pesetas a los padres de un niño que quedó minusválido con graves secuelas definitivas a consecuencia de un balonazo recibido en la cabeza cuando estaba jugando en el patio de un colegio público, y sin que se percataran de ello los profesores encargados de la vigilancia en el recreo, y allí presentes⁹⁷. O cuando la prensa da la noticia de que Modesto Soriano García, de setenta y ocho años, fallece por una embolia cerebral que le produjo un balonazo recibido en la cara, antes del comienzo de un partido de fútbol celebrado el 30 de abril en Sabadell.

En el ejercicio del deporte y la diversión, al arrojarse al agua desde una roca en la playa das Furnas, en la provincia de La Coruña, resultó parapléjico Ramón Sampedro, quien no pudo soportar la vida futura que contemplaba, y luchó denodadamente por lo que él entendía una muerte digna. Recientemente sobre sus últimos años fueron llevados al cine en una película titulada 'Condenado a vivir'. Más adelante, al estudiar el llamado 'testamento vital' dentro de los requisitos formales de la autoregulación de la tutela, tendremos ocasión de volver sobre este caso.

4. Políticas previsoras

La atención hacia aquellas personas aquejadas por alguna de estas afecciones o circunstancias adversas, es motivo de preocupación creciente en medios públicos y privados, y punto de partida para una adecuada *política legislativa*, especialmente de índole *preventiva*. La II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento acaba de postular nuevas líneas y estrategias a tal fin; aunque se teme que los 'países ricos' bloqueen el financiamiento extraordinario para los 'países más pobres' y el plan de acción de la ONU contra la vejez.

Pues, en palabras del doctor Manuel Elkin Patarroyo⁹⁸, la medicina está metida no sólo en la prolongación de la vida, sino en la *prevención* de la enfermedad. Ya se ha creado recientemente un 'Centro de Investigación Biomédica EuroEspes', que cuenta con un 'Sistema de Información sobre la Demencia y Ancianos Discapacitados'.

La *previsión* del futuro sanitario personal está en trance de avanzar considerablemente por medio de un programa informático en CD-ROM denominado *Alarma cerebral*, que permite al usuario, en la intimidad de su PC, determinar si ha llegado el momento de la senilidad, y cómo

⁹⁷ Una y otra noticia, en *O Correo Galego*, 17.4.1998 y 13.4.2000.

⁹⁸ Entrevista con el Doctor Patarroyo, en *Sanitas Club*, nº 10, diciembre/1999, p. 23.

prevenirla⁹⁹. Precisamente el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha convocado un Premio “Reina Sofía 2000” de investigación sobre *prevención* de deficiencias. Para el cuarto periodo presidencial que en diciembre del año 2001 inició el presidente Fraga se va a dar preferencia, mediante la creada Consellería de Servicios Sociales y un ‘Plan Gallego de Personas Mayores’, a las personas con discapacidad y a cuantas se encuentren en situación de exclusión social.

El mismo *mal de Alzheimer* está siendo diagnosticado clínicamente dos años antes de lo que generalmente se piensa, a base de observar los trastornos de memoria característicos de la vejez¹⁰⁰.

No dejan de presentarse ciertos problemas de dimensión *ética*, entre los que se encuentra la tutela del minusválido o del enfermo en el momento en que fallecen sus padres o parientes más próximos de los que dependía. El agotamiento físico de los cuidadores, que a veces sufren más que el propio paciente, y el coste económico que supone para muchas familias, han sido, entre otras, algunas de las causas que han motivado la reacción de la sociedad y de los poderes públicos. Es uno de los problemas que va a afrontar la II Asamblea Mundial del Envejecimiento, en Madrid, de la cual, por cierto, no se esperan muchos avances. La dedicación de estos *cuidadores*, que en muchos casos es plena y absoluta, hasta llegar a una entrega total, supone para muchos de ellos el descuido de su propia vida y la destrucción de aspectos fundamentales para el desarrollo de su persona, como la búsqueda de pareja, el trabajo o el sano y necesario ocio. Ya se ha reconocido derecho a pensión a una mujer que dedicó su vida al cuidado de sus padres incapaces, lo que le impidió otra actividad que le permitiera prevenir su futuro o su pensión.

Se calcula que hoy en España de cada cien personas nueve son incapacitadas La institucionalización de determinados *Días, Meses y*

⁹⁹ *Gaceta de los Negocios*, 29.5.98, p. 2.

¹⁰⁰ Estudios de la Universidad de Washington, en colaboración con otros Centros. (*ABC Cultural*, 20.3.98, p. 60).

*Años*¹⁰¹, nacionales o internacionales, dedicados a la Salud, al Niño, a las Personas Mayores, a la Salud Mental, al Consumo, al *Alzheimer*, a la Seguridad en el Trabajo, etc., son una muestra del creciente interés social por afrontar los problemas de la insania y de la mayor edad, y de cuya inquietud participan, asimismo, los juristas. ‘Mayores y Familia’ es el título de un trabajo colectivo coordinado por S. Adroher Biosca, publicado por la Universidad Pontificia de Comillas, en Madrid, el año 2000. Ya se ha hecho referencia al Curso de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos, celebrado en Ronda del 23 al 27 de julio del año 2001, sobre ‘Asistencia y Protección a las Personas Mayores’. Y recientemente se ha firmado un convenio entre la ‘Fundación *Aequitas*’ del Consejo General del Notariado y la ‘Asociación de Familiares de Enfermos de *Alzheimer* (AFAL)’

Se estudian varias fórmulas para atajar estos casos verdaderamente traumáticos; y así, se propone la creación de figuras como las *Fundaciones*¹⁰², entre otras.

Lo que no se acepta en nuestro caso es la práctica de la *eutanasia* en cualquiera de sus manifestaciones, activa o pasiva, ya que los poderes públicos y la sociedad deben y pueden prestar todo género de ayuda a quienes pierden su capacidad de obrar y a las personas, familiares o no, que cuidan de ellos: ‘*hay que cuidar al cuidador*’ como se admite generalmente. Se entiende que es natural que se pueda asumir la muerte; pero no lo es tanto que se llegue a deseársela. El 26 de abril del año 2000, el Parlamento catalán rechazó con los votos de CiU y el Partido Popular una Proposición de Ley presentada por Esquerra Republicana de Catalunya, y apoyada por los socialistas y los verdes, solicitando trasladar al Congreso de los Diputados una iniciativa legislativa que pretendía despenalizar la eutanasia a través de una posible reforma del Código Penal; si bien acordó

¹⁰¹ El 3 de diciembre de 2001, el Consejo de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales de la Unión Europea ya ha designado el año 2003 como el ‘Año Europeo de los Discapacitados’.

¹⁰² Prada González, José M^a: *La protección de los incapaces mediante una Fundación*, en ‘Revista de Derecho Notarial’, XI, p. 228. La formación de su personalidad jurídica se estudia en Alicia Real Pérez, Directora, y otros, *Estudios sobre constitución y extinción de fundaciones*. ‘Tirant lo Blanch’, Valencia, 1999.

recuperar la Ponencia sobre el ‘testamento vital’, que sirvió de punto de partida de una acción política para llegar a la Ley de 25 de octubre de 2000, aprobada por unanimidad, que acepta el llamado ‘testamento vital’ y rechaza la eutanasia activa, y cuyo contenido parece limitado por las disposiciones del Código Penal y por el criterio ético del médico o grupo de médicos que atiendan al paciente. Por otra parte, recientemente se presentó en Barcelona una federación mundial de ‘asociaciones pro derecho a morir dignamente’. En Holanda la eutanasia ya es legal, tras haberse aprobado por el Parlamento una ley que entraría en vigor el primero de abril del año dos mil, y será aplicable a enfermos terminales que tengan, al menos, doce años de edad, si bien hasta los dieciseis se requiere el consentimiento de los padres. Poco después se produjo el rechazo del Comité Permanente de los Médicos Europeos a esta ‘píldora para el suicidio’, y la advertencia sobre sus riesgos emitida por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Más adelante tendremos ocasión de ampliar esta referencia.

No obstante, hay que dejar constancia de que el actor norteamericano Christian Reeves¹⁰³, que en 1995 sufrió un grave accidente ecuestre, una caída del caballo de la que quedó parapléjico, hasta el punto de que su propia madre llegó a solicitar a los médicos que lo dejaran morir, ha escrito su autobiografía bajo el título *Still Me*, en donde cuenta que su esposa, Dana Morosini, tuvo una influencia decisiva para que recuperara las ganas de vivir, y ahora, con su evidente recuperación, demuestra que la voluntad de sobreponerse a la adversidad y el deseo de vivir son superiores a la desesperación que puede llevar a desear la propia muerte. En 1998 llegó a interpretar el papel de un accidentado en la película ‘La ventana de enfrente’. Y en abril del año 2000 defendió ante el Senado de los Estados Unidos la necesidad de promover nuevas investigaciones para tratar estos casos de tetraplejia, como la que él padece, y otros males como el de Parkinson o el de Alzheimer. O también las declaraciones de

¹⁰³ Que interpretó el papel de *Superman* en varias películas. Sufre parálisis total a causa de caída de caballo, que le provocó la fractura de dos vértebras cervicales. Participó en la *Jornada del Jubileo de los Enfermos*, Roma, febrero 2000. Espera volver a andar en cinco años. A final del año 2001 en su silla de ruedas fue portador de la antorcha olímpica.

María Luisa Ruiz Jarabo¹⁰⁴, tetrapléjica, de 35 años de edad, que escribe: 'Mi mensaje a la gente que le pueda suceder esto es que sepa que la vida no se ha acabado, que se puede disfrutar de un millón de cosas'. Ya hemos visto anteriormente otros casos dignos de tenerse en cuenta. Valga como un resumen de estas actitudes la que nos expone el sacerdote Luis Moya, que es tetrapléjico y está en una silla de ruedas desde el año 1991, padeciendo un caso de los llamados por los médicos un C-4; y a través de un libro que contiene sus experiencias y sus reflexiones, que tituló 'Sobre la marcha'. Considera que 'la vida es lo suficientemente rica y complicada para no ser uno sólo de vivirla'. Tuvo correspondencia con el antes citado Ramón Sampedro, a quien consideraba como uno de los tetrapléjicos más favorecidos, o menos perjudicados, por la lesión que padece, un C-7, ya que ésta es más baja que la suya, lo que le permitía mover los brazos, de cuya facultad carece el padre Moya. Encuentra su apoyo en el servicio a los demás y, sobre todo, en la religión; y comparte, con muchas personas, incluso no creyentes, unas inmensas ganas de vivir¹⁰⁵. Recientemente ha quedado demostrado que las anticipadas peticiones de los propios enfermos para que se les aplique la eutanasia, disminuyen considerablemente cuando los pacientes se encuentran bien atendidos, o encuentran un sentido a su vida dentro de sus limitaciones. Pues el deseo de vivir suele ser superior al de poner fin a la vida.

En relación con este asunto de la eutanasia, Juan Manuel de Prada escribe recientemente¹⁰⁶ que aquí olvidamos una cuestión fundamental e ineludible: el dolor, la decadencia, el sufrimiento, el menoscabo paulatino de nuestras facultades 'también forman parte de la vida'. Realmente, supone un contrasentido el hecho de que, a medida que avanza la Medicina, haya quien se empeñe en demostrar que procurar la muerte de un enfermo terminal es una señal evidente de progreso personal y social. Y aceptada la posibilidad que hay que contemplar, de que la sociedad no debe quedar al margen ante el sufrimiento que padecen los enfermos

¹⁰⁴ María-Luisa Ruiz Jarabo: *Carta abierta de una tetrapléjica*. En *ABC SALUD*, 5 de diciembre de 1999, p. 12.

¹⁰⁵ La noticia, en *ABC*, 4.1.1999, p.58.

¹⁰⁶ Juan Manuel de Prada: *Eutanasia*, en *ABC*, 29.4.2000, p. 13.

terminales, surge la pregunta: ¿quién puede decidir qué cantidad de dolor es humanamente soportable? ¿hay algún instrumento que permita medir el dolor?

Más adelante, al estudiar el llamado 'testamento vital' como medio de expresar la forma que debe darse a esta voluntad que va a regular la autotutela, tendremos ocasión de insistir en este mismo asunto.

Por lo demás, es claro el mandato del artículo 50 de la Constitución Española¹⁰⁷, que esboza un principio de atenciones que los poderes públicos ofrecerán a los españoles: *'Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio'*.

En este sentido, es de destacar el legislador catalán que recientemente acaba de promulgar *'en nombre del Rey'* las Leyes 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, y 11/2001, de 13 de julio, de Acogida *Familiar* para Personas Mayores. Una vez más se pone de manifiesto la sensibilidad del legislador catalán para afrontar los problemas con acertada anticipación para evitar que muchos de ellos pudieran llegar a plantearse.

En algunos de los *Informes* del Defensor del Pueblo presentados al Congreso de los Diputados se reclama una mayor atención socio-sanitaria para estas personas. Recientemente, en el Informe correspondiente al año 2000, se reitera esta petición al Ministro de Justicia.

¹⁰⁷ Alude expresamente a 'la tercera edad'. Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid. Cursos de Verano, Ronda, 2001: Enrique Arnaldo Alcubilla, Letrado de las Cortes y Vocal del Consejo General del Poder Judicial: *El artículo 50 de la Constitución. Marco histórico y comparado*. Y Profesor Pedro González-Trevijano: *Constitución y tercera edad*.

D/ *La realidad social* en nuestro Derecho.

El Profesor argentino Carlos Santiago Nino¹⁰⁸ escribe que ‘hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el Derecho y las circunstancias sociales y económicas’. Esta influencia se pone de manifiesto con un constante aumento, como destacó Juan-José Rivas con ocasión de las ‘Primeras Jornadas *Aequitas*. Fundación del Consejo General del Notariado’, celebradas en Madrid los días 22 y 23 de abril último, sobre ‘El Juicio de capacidad’, en el curso de las cuales fue presentada la *Declaración de Madrid*, con una salutación de la bienvenida a la proclamación del año 2003 como el ‘Año Europeo de las Personas con Discapacidad’.

Esta recíproca influencia se pone de manifiesto cuando el ordenamiento jurídico acusa recibo de los cambios producidos en la sociedad, y devuelve el efecto reflejo sobre ésta al servir de promotor de nuevas pautas de conductas sociales. Aunque sea por vía jurisprudencial, ya se notan las primeras reacciones en un sentido prometedor: la Audiencia de Sevilla achaca el suicidio de un policía al ‘síndrome del Norte’, para reconocer el derecho a pensión para su familia; a causa de la depresión sufrida, desde 1996 hasta 2000, se ha concedido la baja en el Ejército a más de mil mujeres. Por su parte, la justicia británica acepta la demanda de ex combatientes a causa de traumas bélicos.

Es la dualidad ‘incitación-respuesta’ de que hablaba Toynbee¹⁰⁹. Pero este ideal no siempre se produce, ya que muchas veces hay discordancia entre las normas jurídicas y la realidad social en que éstas nacen y se desenvuelven. Veamos cómo actúa esta relación de interdependencia en dos momentos de la vida de las normas: el de su creación, y el de su interpretación.

¹⁰⁸ Carlos Santiago Nino: *Introducción al Análisis del Derecho*. ‘Ariel Derecho’, Barcelona, 1983, p. 300.

1. En la *creación* de las normas.

Examinando el panorama legislativo español de las últimas décadas, se puede establecer una distinción puramente convencional de las normas que se han venido promulgando a lo largo de dichos años.

Hay, en primer lugar, una serie de leyes que se han dictado con vocación de futuro, como todas, pero con visión *de pasado*, para atender una evidente y sentida necesidad de regular situaciones de hecho que venían demandando, exigiendo, una regulación legal. Pueden servir de ejemplo las llamadas leyes del divorcio y otras modificativas del régimen de las personas y de los bienes en la relación matrimonial; o la de la conocida como ‘multipropiedad’, pese a la proscripción legal del término. Muchas de ellas, como las de propiedad horizontal, exigieron una primera y urgente regulación, como la que se llevó a cabo mediante la modificación del artículo 396 del Código Civil por Ley de 26 de octubre de 1939; pero como la *realidad social* venía exigiendo una más amplia regulación, fue preciso promulgar una nueva normativa que se contiene en la Ley 49/1960, de 21 de julio; y aún ésta hubo de ser modificada parcialmente por las Leyes 2/1988, de 23 de febrero, y 3/1990, de 21 de junio. Se ha producido una alteración en la concepción social de los hechos, que ya se habían contemplado en la norma anterior, pero que ésta resuelve con criterios diferentes y, a veces, contrarios a los socialmente vigentes.

Otras disposiciones, en cambio, se han promulgado con visión *de futuro*, para encauzar posibles y previsibles relaciones jurídicas que habrían de entablarse, y sin una clara y evidente conexión con el pasado. En este grupo podríamos incluir la llamada ‘Ley de Solares’, de 15 de mayo de 1945, que pretendía la ‘ordenación’ de los mismos, mediante la creación en los Ayuntamientos de un Registro de solares sin edificar o con edificación ruinoso o insuficiente; o el Decreto de 13 de abril de 1945, que creaba las Salas Oficiales de Subastas, y que fue modificado por otro de 18 de abril de 1948, cuyo artículo 19 disponía que se autorizase acta

¹⁰⁹ V. la nota 6 anterior.

notarial del resultado de las mismas; o la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, si bien ésta aún tuvo alguna aplicación práctica, menor, desde luego, de la que se había previsto. En estos casos parece que falla al legislador la exacta y precisa percepción de la *realidad social* del momento.

Y de ahí la razón de haber expuesto en los apartados anteriores, y con una presentación un tanto 'periodística', lo que entendemos por realidad social de nuestro tiempo. Parece que se dan los requisitos suficientes para que el legislador, teniendo en cuenta dichas circunstancias, provea los medios para resolver los múltiples supuestos de hecho que hasta fecha muy reciente se desconocían, y que demandan una solución jurídica. Si se multiplican los problemas de hecho: mayor población, mayor esperanza de vida, mayores situaciones de riesgo que pueden llevar a una persona a la situación que va a hacer necesaria la declaración de su incapacitación y la subsiguiente constitución del organismo tutelar, debe proporcionarse a la misma medios a utilizar para poder regular aquella situación a la que se va a ver llevada por una enfermedad neurodegenerativa. En los últimos años, se han producido muchas noticias por todos los medios de difusión, denunciando esos fenómenos que quedan apuntados, así como la lucha que tienen empeñada la ciencia, la investigación, las Administraciones públicas y, en general, la propia sociedad actual para evitar, superar y remediar, en la medida de lo posible, las perjudiciales consecuencias que se derivan de los riesgos que provocan tales agentes. Es evidente que esta 'llamada social' no puede ser ignorada por el Derecho, antes al contrario, debe merecer una adecuada respuesta.

2. En la *interpretación* de las normas.

a/ Tradicionalmente, la interpretación de las normas jurídicas en sus clases de auténtica, judicial y doctrinal, se venía apoyando en los clásicos

criterios que proporcionan los elementos gramatical, histórico, lógico y sistemático que ya había señalado Savigny¹¹⁰.

La jurisprudencia y la doctrina tendían a ampliar dichos elementos, empleando además el criterio *sociológico*, aunque no estuviera reconocido expresamente en ningún texto legal. Ya la Sentencia de 24 de enero de 1970 había declarado que, en materia de interpretación de las normas legales, si la ley ha de estar en contacto con las *exigencias de la vida real* que constituyen su razón de ser, es menester reforzar los elementos de interpretación con la aplicación del que suele llamarse elemento *sociológico*, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico'. Por su parte, Lacruz Berdejo¹¹¹ dejó escrito que la necesidad absoluta de tener en cuenta el sentido histórico de cada precepto no es incompatible con la conveniente adaptación de su contenido a las circunstancias y cambios económicos, técnicos y sociales de cada época. Radbruch hablaba también del 'clima histórico', que el intérprete habría de tomar en consideración.

La Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la reforma del Título Preliminar del Código Civil, dispuso en la Base 2ª, 1, que 'se establecerán como criterios básicos para la *interpretación de las normas*, aquéllos que partiendo del sentido propio de sus palabras en relación con su contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la *realidad social del tiempo* en que han de ser aplicadas'. Y por virtud del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, se sancionó con fuerza de Ley el 'Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil', cuyo Capítulo II se dedica a la 'aplicación de las normas jurídicas', en el que se encuentra el artículo 3, cuyo primer párrafo dispone que '*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la*

¹¹⁰ Federico de Castro y Bravo: *Derecho Civil de España*. Parte General. I. Valladolid, 1942, p. 391. También Manuel Albaladejo: *Derecho Civil*. I. Introducción y Parte general. Barcelona, 1991, p. 157.

¹¹¹ En *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*. Madrid, 1992, I, p. 206.

realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas’.

b/ La innovación ha sido generalmente bien recibida; y la doctrina se ha manifestado en tal sentido. Así, Ogáyar, Quintana Redondo, Santos Briz y de la Vega Benayas, para quienes la reforma tiene un claro contenido *sociológico*, el más característico de nuestra época, ‘interesante y fecunda alusión a la *realidad social*’¹¹². Martínez de Aguirre¹¹³ confirma que la inclusión de *la realidad social* como criterio de interpretación de las normas jurídicas ha sido objeto del elogio unánime de la doctrina.

No obstante, no han faltado algunas, pocas, críticas ‘por el modo dubitativo’ con el que se ha expresado; sin advertir que los criterios de interpretación no constituyen, de por sí, materia normativa, sino que son principios científicos que debe utilizar el intérprete¹¹⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se había anticipado, y venía propiciando también el elemento sociológico, ‘integrado por los factores que revelan y plasman el espíritu de la comunidad en un momento histórico’¹¹⁵.

Pero como en toda interpretación de una norma, existe un límite, que es el de conservación de su efecto práctico esencial, de manera que con este criterio no se llegue a la inaplicación o a la modificación de la ley, pudiendo quedar frustrada su clara intencionalidad. Ni tampoco debe entenderse como una justificación indiscriminada del ‘arbitrio judicial sistemático’. Y aún así, no deja de suscitar algunas dudas, como las que

¹¹² Tomás Ogáyar y Ayllón, Carmelo Quintana Redondo, Jaime Santos Briz y Carlos de la Vega Benayas, en *Libro-Homenaje a Ramón-María Roca Sastre*. ‘Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España’. Madrid, 1976. Volumen I, ps. 628 y sigs.

¹¹³ Carlos Martínez de Aguirre, Doctor en Derecho: *El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1984*. ‘Anuario de Derecho Civil’. Tomo XXXVIII, enero-abril/1985, p.212.

¹¹⁴ Carlos Vázquez Iruzubieta, Abogado: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. ‘Bosch’, Barcelona, 1999, p. 41.

¹¹⁵ Sentencias de 21 de enero de 1934, 23 de febrero de 1976 y 22 de abril de 1986, entre otras.

plantea el Profesor Coderch¹¹⁶, que, tras considerar el nuevo artículo 3,1 como 'la legalización del argumento sociológico', se pregunta cómo precisar el momento, o el tiempo a que se refiere la realidad social: ¿el de la aplicación de la ley, el del supuesto de hecho, el del inicio del proceso, el de las consecuencias de derecho...? Por nuestra parte creemos que el momento de apreciar la realidad social es el del supuesto de hecho, o sea, el que vivieron los interesados en la relación jurídica de que se trate, ya que todo lo demás queda al margen de su consideración y de sus propios intereses.

¹¹⁶ Pablo Salvador Coderch: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de los Profesores Albaladejo y Díaz Alabart. Volumen I, 1. 'Edersa', Madrid, 1992, p. 529.

- III -

La Tutela, en general.

A/ La anterior exposición muestra un panorama preocupante, pero no menos sugestivo, por cuanto en unos pocos años nos vamos a encontrar con un amplio sector de la población afectada por graves problemas de salud mental que abocan, irremediablemente, a la incapacidad. Ya se ha institucionalizado el día 10 de octubre como *Día Mundial de la Salud Mental*, que en el año 2001 se ha dedicado a 'La salud mental y el trabajo', bajo la consigna de 'no a la exclusión, sí a la atención'.

En algunas de estas patologías su *íter* es lento y progresivo hasta tal punto que es difícil precisar el momento en que el enfermo pierde su propia conciencia, desde dónde y hasta cuándo podría ser considerado como actor y responsable de sus propios actos.

Ya a fines de 1994, el Notario argentino Eduardo B. Pondé mostraba su preocupación y su impotencia ante el hecho de que algunos de sus requirentes deseaban disponer de un medio de previsión ante una futura incapacidad, tanto respecto de los cuidados y de los tratamientos médicos de su persona como en relación con el propio patrimonio. Se lamentaban de que si bien los progresos de la medicina, la farmacología y la ingeniería

han posibilitado el alargamiento de la vida, no es tan seguro su acompañamiento de la plenitud física y psíquica; antes al contrario, la simple vejez, las enfermedades crónicas propias de nuestro siglo y los accidentes, pueden arrebatar a la persona su autonomía a lo largo de un proceso progresivo o súbito o imposibilitado de comunicar su voluntad, en forma definitiva o temporal. Sin dejar de ser persona, no puede gobernarse por sí. Por eso, la preocupación que le inquietaba se centraba en la 'falta de herramientas' del notario para atender a tales requerimientos.

Dejó escrito Marco Aurelio¹¹⁷ algo que vale la pena recordar dada su evidente actualidad y, a nuestro juicio, su oportunidad para avalar lo que venimos considerando: 'No sólo hay que recordar que cada día vivido es un día menos, sino que no está garantizado si nuestra inteligencia nos acompañará hasta el final. Sin ella nuestro cuerpo continuará respirando, comiendo, etc., pero el hombre no podrá disponer de sí, atender sus deberes, analizar las apariencias, saber si ha llegado el momento de morir y otras cosas parecidas, porque estas capacidades se extinguen antes. No te demores, cada instante nos acerca a la muerte y nuestra inteligencia tiene una vida aún más corta'.

Entendemos que la mejor expresión actual de esta situación, y que recoge estas inquietudes, se encuentra en el Preámbulo de la 'Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores', aprobada por el Parlamento de Cataluña y promulgada por el Presidente Pujol, 'en nombre del Rey'¹¹⁸. Con relación a las situaciones de convivencia de ayuda mutua en la sociedad catalana, dice que *en la situación actual, de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure dicho tipo de convivencia, puede solucionar el bienestar general de las personas mayores que se acojan a ella, resolverles las dificultades económicas y sociales y ser una opción más al ingreso de las mismas en instituciones geriátricas.*

¹¹⁷ Marco Aurelio: *Meditaciones. Enseñanzas para una conducta moral.*

Este carácter progresivo de algunas enfermedades exige, dada la variedad de los casos, la conveniencia, incluso para una mejor curación, de *graduar* también la incapacitación de los enfermos. ‘La pérdida de facultades es no solamente progresiva sino también relativa’, afirma el Dr. Mulley¹¹⁹.

El Código civil, en su primitiva redacción, admitía esta graduación en su artículo 218 tan sólo en la tutela de sordomudos; ahora la reconoce con carácter general en su artículo 210, al disponer que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta. Ya veremos más adelante cómo los artículos 210 del Código civil, y 760 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil se pronuncian en semejantes términos¹²⁰.

En algunas sentencias, ya el Tribunal Supremo admitía que la incapacitación del imbecil puede ser graduada, de acuerdo con las necesidades del caso (5 marzo 1947¹²¹ y 6 febrero 1968). Por las mismas razones, es también variable de unas personas a otras; por lo que opina Garrido Melero¹²² que la situación de incapacitación de una persona es distinta, en la mayoría de los casos, de otra que tal vez se encuentre en las mismas o parecidas circunstancias. No hay un baremo claro y definido, una frontera que permita clasificar a los incapaces atendiendo a su *grado* de incapacitación, como tampoco la hay pese a la igualdad legal, para los que nos consideramos capaces. ‘Es la *tutela mitigada* de que habla la Exposición de Motivos de la Ley 39/1991 del *Parlament catalán*’, concluye. Y de la *graduación* de la incapacitación hablan también el Notario Gómez

¹¹⁸ Las leyes autonómicas se promulgan ‘en nombre del Rey’, excepto las del País Vasco.

¹¹⁹ Dr. Mulley, en la entrevista publicada en *El Mundo*, 23.10.97.

¹²⁰ ‘La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado’.

¹²¹ Esta Sentencia fue duramente criticada por F. de C. y L.P.C. en *Incapacitación del imbecil*. ‘Anuario de Derecho Civil’. Tomo I, Fascículo I. Enero-marzo MCMXLVIII, p. 291.

¹²² Martín Garrido Melero: *La Guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código civil*, publicado en ‘Derecho familiar catalán’, 3ª parte. ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, 1995, separata nº 23, p. 17.

Oliveros¹²³ y el Profesor O`Callaghan¹²⁴, para quien la tutela se adaptará al grado de incapacitación que haya decretado la autoridad judicial y se mantendrá mientras dure tal situación, extinguiéndose cuando cese la causa a que dio lugar. Y es que, como afirma José María Castán¹²⁵, los avances de la psiquiatría y la variedad de enfermedades mentales imponen hoy en día la conveniencia, incluso para una mejor curación, de graduar también la incapacitación de los locos o dementes. También se refiere a esta 'graduación de la incapacitación' el profesor Rogel Vide¹²⁶.

B/ A lo largo de la historia, el *tratamiento* dispensado a las personas con retraso mental o cualquier otra limitación ha pasado por diversas etapas, netamente diferenciadas en atención a la actitud de la sociedad ante ellas. Desde las Ciencias de la Salud (Medicina, Psiquiatría, Psicología, etc.) y las Ciencias Sociales (Filosofía, Sociología, Historia, Derecho, etc.) han sido variados, y con distinta fortuna y acierto, los intentos de rastrear la genealogía y la evolución de las personas con retraso mental en el contexto social, cuyo desarrollo está impulsado, frecuentemente, por la creciente preocupación en el seno de la sociedad.

Hasta hace aproximadamente tres siglos, dice Seoane Rodríguez¹²⁷, las *personas con retraso mental* eran consideradas como monstruos, a expulsar de la sociedad; se les negaba la condición misma de persona, y eran excluidas, suprimidas, social e incluso físicamente. Aún en nuestros días hay quienes recelan reconocer alguna discapacidad en el entorno familiar: Phyllis Dorothy James, famosa escritora británica, confiesa que ocultó la enfermedad mental de su marido para no hacer daño a sus hijas,

¹²³ José María Gómez Oliveros: *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, en 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', 1984, p. 637.

¹²⁴ Xavier O`Callaghan Muñoz: *Compendio de Derecho civil. IV. Derecho de Familia*. 'Edersa', 1996, ps. 318 y 329.

¹²⁵ José María Castán Vázquez en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos'. Madrid, 1986, p. 271.

¹²⁶ Carlos Rogel Vide: *La tutela del deficiente mental*. 'Documentación jurídica', nº 3, julio-septiembre/1994, p. 816. También en *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. Departamento de Derecho civil de la UAM, Madrid, 1975.

porque 'la memoria sirve tanto para olvidar como para recordar'¹²⁸. Y aún en nuestros días, en presencia de un sordomudo el vulgo ignorante llega, cuando más, a un movimiento puramente sentimental de compasión¹²⁹.

Desde antiguo, y sin acudir a tiempos remotos, se configuró en el seno del *Derecho romano* privado una serie de instituciones tendentes a remediar la falta de capacidad de que adolecen algunas personas. La tutela, dice Laura Sanz Martín¹³⁰, se nos presenta como una institución del *ius civile* que tiene una función 'protectora' respecto a las personas que no estando bajo la patria potestad de ningún *paterfamiliae*, no pueden defenderse por sí mismos. Fue en esta época cuando el mismo Derecho romano empezó a establecer una distinción entre la situación de las personas con trastornos mentales duraderos (*vitia anima*), de los locos (*furiosi*) y de los dementes.

En el mismo Derecho romano, Paulo atribuye a Servio esta definición de la tutela: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civile data et permissa*¹³¹.

A partir de entonces, y en una lenta evolución, tradicionalmente, tales personas eran sometidas a procesos de *protección*, que tienen la común denominación aceptada de *Tutela*. Se trataba, en general, de aquellos considerados como *locos* y *dementes*; y a fin de proteger sus personas y sus bienes, se constituía un organismo idóneo, que variaba poco de unos a otros sistemas, teniendo siempre en cuenta, al menos en

¹²⁷ José Antonio Seoane Rodríguez y otros colaboradores: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. A Coruña. Fundación Paideia. 1999, p. 24.

¹²⁸ Autora de *La hora de la verdad*, sobre la vejez y la muerte, en declaraciones en el 'British Council', de Madrid, el 20 de febrero de 2001.

¹²⁹ Alvaro López Núñez: *Los derechos del sordomudo*. Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 26 de abril de 1916, p. 7; en donde expone las aportaciones a la pedagogía especial aplicada en favor de la capacidad civil de estos pacientes. efectuadas por Fray Pedro Ponce de León, el Licenciado Lasso y Juan Pablo Bonet, entre otros.

¹³⁰ Laura Sanz Martín: *La tutela del Código civil y su antecedente histórico, la tutela romana*. Universidad San Pablo CEU. 'Editorial Dykinson'. Madrid. 1998, p. 28.

teoría y no siempre en la práctica, el *interés* de la persona que iba a ser tutelada.

En el Proyecto de Código civil de 1821 se contiene esta curiosa definición de la tutela: 'encargo de cuidar y proteger las personas y bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y madre, o cuando esta última ha contraído de nuevo matrimonio'. Se excluyen de ella los supuestos de curatela y otros medios de defensa de incapaces.

Para el *Derecho moderno* se suele aceptar la definición de Planiol: 'función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes'.

Entre una y otra definición transcurre un periodo de tiempo en el curso del cual el tratamiento de la tutela ha sufrido diversas orientaciones que no van a ser objeto de nuestro estudio y que resumidas, han sido expuestas brillantemente por los Profesores Clemente de Diego y Díez-Picazo en sus obras¹³²; y también por el Profesor Rogel Vide, en su estudio últimamente citado, en el que hace un recorrido de las distintas figuras de protección de incapaces existentes en la Historia, ya en el Derecho romano, en el que se atendía exclusivamente a los intereses patrimoniales del deficiente psíquico o enfermo mental; ya en el Derecho germánico, que parece prestar mayor atención al cuidado de la persona que quedaba a cargo de la 'Sippe' o conjunto de parientes más próximos reunidos en asamblea. En *Las Partidas* no se hace referencia alguna a la extensión de las facultades del curador sobre la persona del 'loco o desmemoriado'. En el Proyecto de Código civil de 1882 la declaración de incapacitación por locura o demencia abre la tutela sobre los bienes, pero no sobre la

¹³¹ Arias Ramos: *Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, II, p. 758.

¹³² Felipe Clemente de Diego: *Evolución histórica de la tutela*, en 'Apuntes de Derecho civil español, común y foral'. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1914, tomo III, ps. 574 y siguientes. También Díez-Picazo: *Familia y Derecho*. Ed. Civitas, 1984, p. 171; y Enneccerus, 2ª edición, Bosch, 1952, ps. 266 y sigs. Una *Evolución histórica de las instituciones tutelares*, se encuentra en los trabajos de Cristóbal Valdés Valentín-Gamazo, en 'Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares', Madrid, ICAI, 1984; y de María

persona; y la declaración de incapacidad por sordomudez es graduada sobre los bienes facultando al pupilo para unos actos, y prohibiéndole otros.

Para Apalategui la tutela y la curatela se pueden considerar como 'el más alto ministerio' en la protección de las personas y en la conservación y prosperidad de los patrimonios¹³³.

En la actualidad, al menos en nuestro Derecho, se tiende a eliminar la terminología de 'locos' y 'dementes', que es sustituida por la general de 'incapacitados'. Así, las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, en materia de Tutela, y 30/1991, de 20 de diciembre, que modificó en tal sentido los artículos 665 y 685 del Código civil, y también en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil.

Por otra parte, la tradicional colocación de la materia relativa a la tutela dentro del Derecho de familia, es puesta en discusión hoy en día, ya que se considera que su origen se encuentra en una falta o disminución de la capacidad de obrar de una persona, que requiere un aparato jurídico supletorio que, acoplado al sujeto y por el cauce de la representación legal, le asegure su capacidad de goce y, por tanto, su personalidad jurídica. Siendo así, su lugar más apropiado se encontraría en la llamada Parte general del Derecho civil, y así lo entiende una buena parte de la doctrina francesa (Bonnecase, Voisin...) y alemana (Von Thur, Oertmann, Lehmann...)¹³⁴. Volveremos sobre ello.

C/ Pero esta situación de tutela, más o menos temporal y provisoria, acaso definitiva en algunos casos, no debe ser confundida con *otras instituciones*, remedios o soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico

Victoria Sesma Urzáiz, en 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', Año CXXXV, julio 1985, nº 1, p. 9.

¹³³ Pedro de Apalategui y Ocejo: *La tutela de autoridad*. Discurso de su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 21 de junio de 1954.

¹³⁴ Blas Piñar López: *La Tutela: principios y órganos*. 'Revista de Derecho Notarial', LIII-LIV, julio-diciembre de 1966, p. 180.

para supuestos de abandono o desamparo, aparente o real, como, por ejemplo, la *ausencia*, que tras algún tiempo puede acabar con la declaración de fallecimiento del ausente, así como la tutela termina con la muerte del tutelado. Bajo una y otra figura, se ampara a personas indefensas; pero en la ausencia es respecto a sus relaciones por imposibilidad de hecho, física, de una persona que se ignora si existe; y en la tutela estamos ante una imposibilidad de derecho de una persona que tenemos la certeza de su existencia si bien carece de la capacidad jurídica de actualizar y ejercitar sus derechos. Ello no obstante, en algún Código, como el de Brasil, su artículo 5 considera como absolutamente incapaces a 'los ausentes, declarados tales por auto del Juez'¹³⁵.

D/ Por otra parte, el carácter *supletorio* o *subsidiario* de la tutela es puesto de relieve por algunos autores. Así, Albácar y Martín Granizo dicen que se trata de una institución *cuasi familiar*, sustitutiva de la patria potestad, cuyas funciones, a su vez, han de ejercitarse en beneficio de los incapacitados; y subrayan este carácter supletorio invocando la STS de 12 de julio de 1985. Y Gutiérrez Calles opina 'que la tutela es una institución de carácter subsidiario o supletorio de la relación paterno-filial, es algo que no se escapa a nadie que haya estudiado las instituciones de guarda'¹³⁶. De la misma opinión es Díez-Picazo, cuando escribe que 'la tutela aparece concebida como un sistema de defensa de aquellas personas que por razón de una capacidad defectuosa no pueden gobernarse por sí mismas. Aparece, además, como un *sistema de carácter supletorio* que sólo entra en funcionamiento en defecto del poder familiar tuitivo por excelencia, que es la patria potestad'¹³⁷, según tendremos ocasión de ver más adelante en varios autores. Para Nadal i Oller, no sólo es la tutela una institución

¹³⁵ *Código Civil de Brasil*, aprobado por Lei 3.071, vigente desde el 1 de enero de 1916. 'Editorial Saraiva', Sao Paulo, 1996.

¹³⁶ Albácar y Martín Granizo: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 4ª ed. Tomo I,2. 'Trivium', 1995, p. 223; y José Luis Gutiérrez Calles: *Guarda del enfermo mental*, en 'Tapia', Madrid, enero-febrero de 1998, p. 33.

¹³⁷ Luis Díez-Picazo: *Notas sobre la institución tutelar*. 'Familia y Derecho'. Madrid, 1984, p. 203.

supletoria de la patria potestad, sino que es, además, su demostración más patente¹³⁸.

E/ La *legislación española* en materia de protección de los incapaces.

1. El sistema establecido en nuestro *Código civil de 1889* partió del error de incluir en el concepto de dementes, con similitud de efectos tutelares, a una multitud de enfermos de características muy diferentes -deficiencias, enfermedad mental y senilidad- y necesitados, por ello, de medios de protección también diferentes. A ello se unían, según Heredia Puente y Fábrega Ruiz¹³⁹, unos mecanismos de protección basados en la llamada *tutela de familia*, que vino a fracasar fundamentalmente por la total inoperancia de instituciones de carácter colegiado -Junta de parientes, Consejo de Familia¹⁴⁰-, basadas, sobre todo, en la búsqueda de una tutela centrada en el patrimonio y adaptada a personas y familias con fortunas superiores a la media, persiguiendo, más que una protección integral del incapaz, la de los intereses económicos del mismo y de las personas llamadas a heredarle, dando como resultado el internamiento de los enfermos *pobres* y la reintegración al tráfico jurídico del patrimonio perteneciente a los enfermos *ricos*. Ya el insigne jurista alemán Antonio Menger, analizando el Proyecto del BGB, apuntaba que en el mismo la actividad tuitiva de los Tribunales se refiere con facilidad únicamente a los menores de las clases ricas, no existiendo una tutela pupilar para los menores pobres¹⁴¹. También en Francia había afirmado Saleilles que la tutela patrimonial está orientada hacia los hijos de familia que tienen fortuna.

¹³⁸ Narcís Nadal i Oller: *La incapacitación*. 'Bosch', Barcelona, 1999, p. 119.

¹³⁹ Mercedes Heredia Puente y Cristóbal Fábrega Ruiz, Fiscales: *Protección legal de incapaces*. 'Editorial Colex', Madrid, 1998, p. 15.

¹⁴⁰ Para Eloy Escobar de la Riva, Notario de Barcelona, la institución del Consejo de Familia no parece haber dado los resultados que de ella fuesen de esperar. *La Tutela*, 'EDP', Madrid, 1943, p. 21.

¹⁴¹ Antonio Menger: *El Derecho civil y los pobres*. 'Librería General de Victoriano Suárez', Madrid, 1898, p. 233.

Para nuestro sistema, también Martínez Aguilera y Rodríguez Camuñas escriben que en la tutela de nuestro Código civil se revela claramente el espíritu de clase: abundan las reglas y cortapisas puestas a los tutores de menores ricos, pero en cambio absolutamente ninguna en pro de los intereses de los pobres, pues sólo desde el punto de vista de clases ricas ha sido construida la tutela en el Código civil, que da ‘muestras fehacientes de su desprecio rayano en el abandono respecto a los pobres, llegando, en cambio, a asegurar hasta el último límite la tutela de los menores pertenecientes a las clases acomodadas’¹⁴². Y De Buen considera que, de hecho, la organización tutelar resulta entre nosotros algo anormal, y funciona excepcionalmente cuando se trata de personas de posición económica que pueden soportar los gastos y las molestias que origina¹⁴³.

Ya en el año 1913, el Profesor Valverde pedía una *tutela de autoridad* que sustituyera a la ineficaz *tutela de familia* de nuestro Código; y coincidente en su crítica contra el sistema de *tutela de familia* que consagraba antes nuestro Código civil, Apalategui proponía un sistema de *tutela de autoridad*, pues en aquél se ha ido relajando el deber tutelar; el Consejo de familia se ha transformado en un requisito de capacidad, y la intemperancia y el mero formalismo han derivado en ambiciones y pleitos, ‘derruyentes del caudal de los menores o de los incapacitados’. Sobre que la tutela rige para los favorecidos por la fortuna, ‘pero es ley de papel’, como decía Balmes, para los que no recibieron sus halagos. ‘Un menor o un demente pobres que necesiten vender un pejugal, han de constituir la misma tutela que un afortunado en bienes; y, o se prescinde de la ley y se transita a espaldas de ésta, o se va en suspiros lo que no se llevaron las lágrimas’¹⁴⁴.

¹⁴² Luis Felipe Martínez Aguilera y Luis Rodríguez-Camuñas Porras, alumnos de Derecho: *Las diferencias de clases en el Código civil*. Imprenta ‘Iberia’, Olivar, 45, Madrid, 1921, p. 49.

¹⁴³ En sus anotaciones al *Tratado*, de Colin y Capitant, II, I, p. 302.

¹⁴⁴ Pedro de Apalategui y Ocejo: *La tutela de autoridad*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 21 de junio de 1954, ps. 17 y 18.

De la misma opinión son Royo Martínez¹⁴⁵ y Bercovitz¹⁴⁶. Afirma éste que 'sólo cuando el loco o demente era titular de un importante patrimonio sus familiares se veían incentivados para proveer al complicado mecanismo de la tutela'. Por cuidar del huérfano Sabas, que llegaría a Santo, y de su patrimonio, se pelearon un tío paterno y un tío materno con la secreta idea de administrar su caudal¹⁴⁷. En resumen, como recuerda Piñar, ante el binomio *la bolsa y la vida*, el dispositivo técnico-jurídico, en cuanto hace referencia a aquéllos que se hallan necesitados de protección, reacciona tan sólo y en general, si la bolsa existe¹⁴⁸.

2. Se venía postulando por los comentaristas del Código civil, con rara y no frecuente unanimidad, una *reforma* del Derecho de Familia, en general¹⁴⁹, y en particular, en el sistema de tutelas entonces vigente, que, tanto respecto a deficientes mentales como en general, se consideraba excesivamente complejo, ineficaz y desfasado de las necesidades reales. El Consejo de Familia, sirva como ejemplo, pieza maestra del sistema, ha fracasado en la práctica, al quedar transformado en un órgano inoperante. En opinión de Menéndez Pidal, si alguien pretendiese hacer una estadística sobre tutelas que funcionan, podrían conocerse infinidad de anomalías, verdaderas enormidades y no escasos abusos, pues los organismos tutelares funcionan de un modo bien distinto a las previsiones del Código¹⁵⁰.

En 1933, el Profesor Castán Tobeñas pedía Tribunales especiales tutelares, y en tanto se constituían, el nombramiento de un Notario asesor de los Consejos de Familia; y en 1943; el Notario Escobar de la Riva

¹⁴⁵ Royo Martínez: *Derecho de familia*. Sevilla, 1949, p. 325.

¹⁴⁶ Rodrigo Bercovitz: *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid, 1976, p. 34.

¹⁴⁷ *El Santoral de Luis Carandell*. Maeva Ediciones, 1996, p. 366.

¹⁴⁸ Blas Piñar: *La Tutela: principios y órganos*. En 'Revista de Derecho Notarial', LIII-LIV, julio-diciembre/1966, p. 180.

¹⁴⁹ 'No es aventurado predecir que en un plazo probablemente breve nuestro Derecho de familia va a experimentar una profunda modificación'. Manuel de la Cámara, Notario de Madrid: *Ante la reforma del Derecho de Familia*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de La Coruña el 30 de junio de 1978.

¹⁵⁰ Faustino Menéndez Pidal: *La mala fe en las relaciones tutelares*. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', 1929, tomo 154, p. 180.

consideraba más apropiado a nuestra especial idiosincrasia un sistema mixto, híbrido, de tutela familiar-judicial.

El movimiento reformador del sistema entonces vigente era imparable, tanto a nivel interno como en el plano de la legislación extranjera, y sus propuestas se insertaban frecuentemente con otras que proponían una reforma más a fondo de todo el Derecho de Familia, en busca de una mejor protección del desvalido.

Así, en 1967, se celebra en Estocolmo un 'Simposium Internacional sobre los aspectos legales del deficiente mental'. El año siguiente, en Montpellier, y en 1969 en San Sebastián, se propone la idea de estudiar monográficamente el tema de la tutela. En ese mismo año ilustres civilistas italianos celebran en la Isla de San Jorge el 'I Congreso sobre Reforma del Derecho de Familia'; y en 1972, en Venecia, el 'II Congreso', al objeto de estudiar el llamado 'Proyecto Reale' sobre el presentado por el Gobierno italiano en diciembre de 1971 bajo el nº. 2.047. En enero de 1974, 'Minusval/74' es el título abreviado de una 'Conferencia Nacional sobre integración del Minusválido en la Sociedad', en la que el Profesor Rogel sostiene que la protección del mismo exige una declaración de incapacidad a los primeros síntomas, con determinación de aquellos actos que le sean permitidos/prohibidos, seguida de un nombramiento de tutor realizado por el Juez, salvo en el caso de que, en esta previsión, hubieran podido haber realizado los padres¹⁵¹. Con ocasión del 'Año Internacional del Minusválido' la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación convocó en 1982 el Premio 'Fundación Couder y Moratilla', que fue concedido al trabajo presentado por el Profesor López Vilas¹⁵².

¹⁵¹ Carlos Rogel Vide: *La tutela del deficiente mental. La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975. También *Congreso sobre la Reforma del Derecho de Familia*. 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', nº 492, sept.-oct./1972, p. 1095.

¹⁵² Ramón López Vilas: *La tutela jurídica en los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales*.

Más adelante insistiremos en este movimiento de reforma, en el seno del cual se producen renovadas manifestaciones favorables a la regulación legal de la autotutela.

3. El *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, realizado el año 1977 por los Profesores Díez Picazo, Bercovitz, Rogel Vide, Cabanillas y Caffarena, bajo la dirección del primero y el patrocinio del Patronato para Ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea y el SEREM, contiene un *Anteproyecto* que es el verdadero y decisivo punto de arranque de la reforma postulada. Resume las críticas que hasta entonces se venían dirigiendo contra la regulación que de la tutela hacía el Código civil (cambios sociales en la familia, aspecto más patrimonial que atento a la persona del tutelado, pretendida unidad de guarda legal, excesiva complejidad de las normas que regulan el Consejo de familia, falta de un tratamiento general y unitario de la incapacitación, etc.) que, desde su implantación ha sido constantemente criticada y demostrado largamente su inoperancia. Proponía una reforma fundada en las enseñanzas de la sociología de las mutaciones familiares, y en la consideración de las personas indefensas que había que ‘rescatar de la penumbra’ y ofrecerles cuidados y protección; lo que nos aproximaría sin duda alguna a la tutela tal y como aparece regulada en los Códigos más modernos. En resumen, suprimir el sistema de unidad de guarda y de tutela familiar y sustituirlo por el de pluralidad de guarda y de tutela judicial. Como novedad, introducía en nuestro Derecho la llamada ‘incapacitación voluntaria’, declarada por el Juez a petición de la misma persona que desea ser incapacitada.

4. El 24 de junio de 1981 el Gobierno de la UCD presenta en el Congreso de los Diputados un ‘*Proyecto de Ley sobre Reforma del Código civil en materia de tutela*’, en el que se canalizaban todas las aspiraciones para una actualización real y efectiva de nuestro Derecho de Familia, que por la extensión y la trascendencia de su reforma, era considerada como

‘la más importante modificación del Código Civil desde su publicación en 1889’¹⁵³. Seguido su curso parlamentario, la introducción de algunas enmiendas durante su debate en el Senado, exigía una nueva consideración por el Pleno del Congreso, lo que no se pudo llevar a efecto al ser disueltas las Cortes de esa Primera Legislatura al poco tiempo, en virtud del Real Decreto 2.057/1982, de 27 de agosto.

5. Tras las elecciones, el nuevo Gobierno presentó el 27 de enero de 1983 su *Proyecto de Ley*, en el que han sido utilizados los materiales que procedían de la legislatura anterior en la medida en que coincidía con las soluciones que aquel proyecto frustrado incorporaba¹⁵⁴. Tras su tramitación parlamentaria en el Congreso y en el Senado quedó dictaminado definitivamente con su aprobación definitiva y publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’ número 256, de 26 de octubre de 1983.

La *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de Tutela*, intentó resolver algunos de los problemas que se consideraban más acuciantes: diversificó las instituciones tutelares para que puedan adaptarse a cada caso concreto, y cambió el anterior sistema de *tutela de familia*, heredado del Derecho francés, por el tradicional germánico de *tutela de autoridad*, confiriendo al Juez la dirección y el control superior de la tutela. Como dice el Profesor García Cantero¹⁵⁵, comentando la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, nos hallamos ante una *tutela testamentaria, judicial, homologada*. Por esto, a juicio de cierto sector de la doctrina¹⁵⁶, esta reforma obliga a revisar la cuestión del emplazamiento de la tutela en la sección dedicada al Derecho de familia, como ya hemos visto, para trasladarla a la Parte general, dentro del estado civil de la persona, con la que parece tener mayor vinculación.

¹⁵³ Palabras del Ministro de Justicia, Cabanillas Gallas, ante el Pleno del Congreso el 5 de mayo de 1982.

¹⁵⁴ Ministro de Justicia, Ledesma Bartret, ante el Pleno del Congreso el 24 de mayo de 1983.

¹⁵⁵ Gabriel García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, en ‘Revista General de Legislación y Jurisprudencia’, octubre/1984, p. 471.

¹⁵⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 396.

En el aspecto formal, la reforma es criticada por el Profesor Albaladejo¹⁵⁷, porque hay artículos *bis* y otros en blanco, ‘lo que no se explica, pues como dentro de la materia reformada se han cambiado los preceptos y su numeración, lo lógico hubiera sido, en vez de poner números *bis*, rellenar con los preceptos puestos bajo éstos, al menos algunos números de los artículos dejados sin contenido’. Y en el mismo sentido se pronuncia el Profesor Rogel Vide, para quien esta Ley adolece de dos defectos formales, ostensibles y contradictorios a la vez: artículos, si es que se pueden llamar así a los vaciados de contenido, o números, al alimón: 305, 307 al 313, que conviven con otros artículos *bis*, dentro de una misma institución; y concluye que sólo por salvar estos defectos formales, hubiese merecido la pena asumir el contenido de los artículos que contiene el antes citado *Estudio para la reforma del Código civil en materia de tutela*, redactado por los profesores Bercovitz, Rogel, Cabanillas, Caffarena y Díez-Picazo, en los que se proponen pautas de solución de problemas reales¹⁵⁸. No falta quien considere que el sistema tutelar introducido por esta reforma no es puramente familiar ni judicial, sino *mixto*, entre el familiar y el de autoridad¹⁵⁹, aportando como ejemplo lo dispuesto en el artículo 171,2 cuando contempla el caso del hijo soltero mayor de edad que, viviendo con sus padres, fuere incapacitado, queda bajo la patria potestad ‘rehabilitada’ o ‘prorrogada’, y *no se constituirá la tutela*.

F/ En los *actuales sistemas* de tutela se contemplan siempre los *intereses del tutelado*, confiada a la familia o a la autoridad judicial; y se articulan modos y maneras de determinar las personas que pueden nombrar tutor y ser llamadas a ese cargo, funciones, derechos, deberes y responsabilidades, así como toda suerte de circunstancias y vicisitudes que pueden surgir a lo largo del periodo de tutela. El artículo 216 del

¹⁵⁷ Manuel Albaladejo: *Curso de Derecho civil. IV, Derecho de Familia*. 6ª edición, 1994, p. 303.

¹⁵⁸ Carlos Rogel Vide: *La guarda de hecho*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 28.

¹⁵⁹ Narcís Nadal i Oller: *La incapacitación*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 114.

Código civil es terminante a este respecto, y consagra una norma que debería estimarse innecesaria: ‘Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en *beneficio del tutelado* y estarán bajo la salvaguardia de la autoridad judicial’. ‘Tout pour l’enfant’, afirman los franceses. De ‘interés del pupilo’ habla Muñiz Espada¹⁶⁰.

a/ Pero el *interés del tutelado* se viene observando desde una perspectiva *externa*, o sea, como lo percibe la familia, el entorno del mismo, la propia autoridad judicial o, incluso, el mismo legislador. Nunca, hasta fecha bien reciente, se tuvo en cuenta la perspectiva que podemos llamar *interna*, la del propio personaje que va a ser tutelado, y que es el eje central de la institución y al que se dice defender. Pues si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte por vía testamentaria, ¿cómo no admitir que lo puede hacer para cuando aún está en este mundo, sigue siendo persona y sólo está imposibilitado de obrar por sí? se preguntan Nelly A. Taiana y Luis Rogelio Llorens¹⁶¹. En la ‘Carta de Derechos del paciente de Parkinson’, de 11 de abril de 1997, se reconoce a estas personas, entre otros derechos, el de ‘tomar parte en las decisiones relacionadas con la enfermedad’.

El Profesor Díez Picazo¹⁶² entiende que el principio del *beneficio del tutelado* sirve para que judicialmente pueda modificarse el régimen legal que, en gran medida, constituye un *derecho supletorio* del judicialmente producido. Este principio nos impone el que debemos adoptar la decisión que más favorezca el desarrollo del incapaz, así como que busquemos la mayor adecuación de la institución tutelar a la mejor satisfacción de los intereses del sujeto a ella¹⁶³. Por su parte, el Profesor Estrada Alonso¹⁶⁴

¹⁶⁰ Esther Muñiz Espada: *Las personas jurídicas privadas tutoras*. J. M. Bosch, SA, 1984, p. 32.

¹⁶¹ Taiana y Lloréns: *El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión*, en ‘Revista del Notariado’. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, Año CII, Jul-Ago-Sep/1999, p. 22.

¹⁶² Luis Díez-Picazo: *El principio de protección integral de los hijos. Tutela de los derechos del menor*, en ‘Jornadas de Derecho del Menor’, Universidad de Córdoba, 1984, p. 130.

¹⁶³ Así parece entenderlo para un menor sujeto a la patria potestad la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 26 de noviembre de 2001.

dice que la tutela está pensada fundamentalmente para proteger los intereses de los a ella sometidos; y siendo éste el principio que inspira todo el régimen jurídico de la institución, y habiéndose sustituido la antigua tutela de familia por una tutela de autoridad, los jueces deben aplicar este principio general *supletoriamente*, como *tercera fuente de Derecho* en aquellos supuestos en que el legislador no haya contemplado una situación concreta, de conformidad con los párrafos 1º y 4º del artículo 1º del Código civil. La actividad del Juez se despliega tanto en el momento de la constitución de la tutela (artículos 224, 225, 226, 228, 231, 233, 234, 235, 236,4º, 237, 240, 259, entre otros) como durante el ejercicio de la misma (artículos 216, 248, 249, 256, 271 y siguientes, etc.).

El *deseo del tutelado*, la *defensa de la persona incapacitada*, también eran elementos básicos según la 'legislación soviética moderna' a la hora de decidir la constitución del organismo tutelar (artículos. 68 y 76 del Código del matrimonio, la familia y la tutela, de 1947, vigente hasta el de 1964). El nuevo Código civil de la *Federación Rusa* de diciembre de 1995¹⁶⁵, también establece en su artículo 31 que la guardia y curatela se dispondrán para la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados por limitaciones de su capacidad. Y el artículo 7 de la 'Declaración de Derechos del Retrasado Mental' aprobada por la Asamblea general de *Naciones Unidas* el 20 de diciembre de 1971¹⁶⁶, dispone que la declaración de incapacidad deberá contener toda suerte de garantías y salvaguardias contra cualquier abuso; y estima necesaria la evaluación de la 'capacidad social' del enfermo hecha por expertos calificados. Con relación a estos disminuidos, los poderes públicos han de realizar una política de *previsión*, tratamiento, rehabilitación e integración,

¹⁶⁴ Eduardo Estrada Alonso: *La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del divorciado*, en 'Actualidad Civil', nº 11, 1999, p. 295. En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2000.

¹⁶⁵ *Legislación soviética moderna*, UTEHA, México, 1947; y *The Civil Code of the Russian Federation*. 'International Center for Financial and Economic Development', Moscow, 1997. Hay una edición de la 'Oxford University Press' de 1999.

¹⁶⁶ Recogida en Ramón López Vilas: *Algunas consideraciones sobre la protección jurídica de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales*, en el 'Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño'. Editorial Universidad de Salamanca. 1984, p. 449.

que se completa y refuerza con la *atención especializada* que tales personas requieran.

El *interés del tutelando* exige, asimismo, que su capacidad quede afectada *lo menos posible* por las medidas que puedan acordarse para su protección. En este sentido, es unánime la opinión general de la doctrina. Y también es de destacar la Ley francesa de 3 de enero de 1968, que crea la institución de la 'salvaguardia de justicia', e introduce las pertinentes modificaciones en su Código Civil. Así, en su artículo 490, dispone que cuando las facultades mentales están alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento por causa de la edad, se provee a los intereses de la persona por uno de los regímenes de protección que la misma Ley establece, los cuales son aplicables a la alteración de las facultades corporales, si ella impide la expresión de la voluntad. También se somete a esta 'salvaguardia de justicia' el mayor de edad que por su prodigalidad, intemperancia u ociosidad se expone a caer en la necesidad o compromete la ejecución de sus obligaciones familiares. El nuevo artículo 491 establece que el mayor de edad, colocado bajo la 'salvaguardia de justicia', conserva el ejercicio de sus derechos. Se trata, pues, de una medida de protección, flexible y temporal, a medio camino entre la falta de una organización tutelar y un régimen estructurado; por lo que su objetivo es afectar lo menos posible a la capacidad de la persona. Y su utilidad práctica reside en que el Juez que tramita la tutela o la curatela puede colocar a la persona que hay que proteger bajo la 'salvaguardia de justicia' y por la duración de la instancia, mediante una decisión provisional transmitida al Ministerio Fiscal. Ello no obstante, la 'salvaguardia de justicia' impide al protegido el divorcio por mutuo disenso; y si es por ruptura de la vida común, es preciso que antes se constituya la tutela o la curatela. Se trata, pues, de una *institución protectora temporal* para enfermedades y trastornos mentales que, independientemente de su gravedad, puedan tener un ciclo corto de existencia, en cuanto su curación

es posible, e incluso puede favorecer la curación del enfermo al permitir que éste haga una vida normal¹⁶⁷.

b/ De ahí la necesidad de arbitrar *medidas* que inspiradas siempre en la mejor atención al enfermo, otorguen a éste, dentro de lo posible, facultades para ordenar su propia tutela, en previsión de que la vejez, la enfermedad, el accidente o cualquier otra eventualidad le lleve a la incapacidad. Veremos cuáles pueden ser estas medidas.

Nos limitaremos a consignar las particularidades que, en relación con la teoría general de la institución, afectan a esta especial forma de constitución de la tutela, que se caracteriza por la circunstancia de que la misma está organizada y regulada por aquél que va ser sometido a ella; aunque a veces haya necesidad de acudir a los principios generales de la institución.

Hay que tener presente que estas medidas pueden incidir sobre otras personas, más o menos directamente: es el caso del padre o la madre que ejerciendo las funciones de la patria potestad, sean uno u otro, o ambos, declarados incapaces o ausentes. La *autoregulación de la tutela* dispuesta en tiempos de plena capacidad podrá alcanzar, también, a la tutela a la que se van a ver sometido sus hijos sometidos a aquella potestad, al cesar ésta.

G/ Antes de dejar este apartado, y como anticipo o prelude de lo que se va a tratar en los siguientes, conviene recordar que la tutela de incapaces, en los casos en que se refiere a personas mayores de edad, exige que la incapacidad de éstas conste a la faz del Derecho, sin que baste una notoria deficiencia mental. Porque se puede *ser* incapaz sin *estar* incapacitado. Quiere decir que, con anterioridad a la constitución de

¹⁶⁷ Fernando Crespo Allué, Doctor en Derecho: *Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho Francés. Ley de 3 de enero de 1968*. 'Revista de Derecho Privado', marzo de 1986, ps. 195 y sigs.

la tutela, y más si ha sido dispuesta por el propio afectado, debe preceder una declaración judicial de incapacitación. Pero no debe concluirse con que toda incapacitación da paso inmediato a la constitución del organismo tutelar: tal es el caso de la llamada 'patria potestad prolongada' que admiten los artículos 171 y 201 del Código Civil, figura que, si bien ya se presumía en nuestro Derecho al amparo del artículo 776 del mismo, es objeto de una especial atención después de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre Tutela.

- IV -

La incapacitación.

A/ El proceso de incapacitación.

1. Su necesidad. Su importancia.

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y de obligaciones, cualesquiera que sean su estado de salud y sus condiciones de inteligencia y de voluntad. El principio de esta personalidad, de hecho y de derecho, arranca de las normas que ya vienen de antiguo y que recoge el artículo 29 de nuestro Código Civil consagrando que 'el nacimiento determina la personalidad'. Pero no debe desconocerse que la realidad de la vida nos presenta cotidianamente la existencia de personas, seres humanos, titulares de derechos subjetivos, a quienes puede afectar una serie de factores que disminuyen y, en ocasiones, extinguen toda actividad intelectual o volitiva. Los que sufren algunas de estas enfermedades físicas, psíquicas o psicofísicas, no dejan de ser personas, sujetos de

derecho, titulares de los mismos, a cuya capacidad jurídica no afectan tales deficiencias, que sí, en cambio, hacen referencia a su capacidad de ejercicio o de obrar. Ya hemos visto cómo las leyes arbitran una serie de medidas e instrumentos para corregir o compensar aquellas anomalías.

Pero no basta la mera existencia de esas deficiencias, aunque muchas de ellas sean evidentes sin necesidad de verificación alguna: es el caso de los imbéciles, deficientes de nacimiento, cuyas facultades no son susceptibles de mejorar, debido a atrofas congénitas u originarias que ya se manifestaron desde sus primeros días de vida. Porque, en todo caso, la seguridad jurídica, que está en el horizonte del Derecho, exige que estas situaciones se manifiesten y, además, que sean los dispositivos del mismo los que de una manera clara, expresa y definitiva, declaren la incapacidad de tales sujetos.

No otra cosa significaba lo dispuesto ya en la primera redacción del artículo 213 del Código civil: 'No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que *preceda* la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes', que encabezaba la sección segunda: 'De la tutela de los locos y sordomudos', del capítulo III: 'De la tutela legítima', del Título IX: 'De la tutela', del Libro I: 'De las personas'. Más recientemente, la Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de Protección a la Personas Dependientes, exige en su artículo 1º que éstas sean '*declaradas legalmente* incapaces'.

El régimen jurídico de la incapacitación arrancaba del artículo 32,2 del mismo Código, que en una confusa redacción, duramente criticada por la doctrina, disponía que 'la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica'. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre este artículo de nuestro Código Civil.

No obstante, el artículo 25 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y tan sólo a efectos del mismo, establece

que ‘se considera *incapaz* a toda persona, *haya sido o no* declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma’: curiosa discrepancia con el artículo 199 del Código civil, aunque amplia concordancia con el artículo 200¹⁶⁸. También el Anteproyecto de ‘Ley Reguladora del Patrimonio Especialmente Protegido de las Personas con Discapacidad’, que se trata de presentar al Gobierno, que en su artículo 1,2, dispone que tienen la condición de ‘discapacitadas’, no solamente ‘toda persona declarada judicialmente incapaz, conforme a lo dispuesto en el artículo 200 del Código Civil’, sino también las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y aquellas otras afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%¹⁶⁹.

Esta es la tónica dominante en algunos *Códigos extranjeros*, más o menos afines al nuestro. Así, en el artículo 36 del Código Civil de Paraguay se dispone que se reputa plenamente capaz a todo ser humano que no haya sido declarado incapaz judicialmente¹⁷⁰; en el 447 del Código Civil para el Estado de Querétaro se lee que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de incapacidad del que va a quedar sujeto a ella¹⁷¹; el 703 del Código Civil de Puerto Rico sujeta a locos, dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir, mayores de edad, si precede declaración hecha por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de que son incapaces para administrar sus bienes¹⁷². También el Código italiano de 1942, que en su actual artículo 414 dispone que el mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en condiciones de habitual enfermedad de la mente que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses, deben ser incapacitados¹⁷³. Y el Código Civil Belga, en

¹⁶⁸ José Luis Guriérrez Calles: *Algunas notas críticas sobre la guarda del enfermo mental*. ‘Tapia’. Madrid. Enero-febrero/1998, p. 33.

¹⁶⁹ Un estudio de este Anteproyecto fue analizado por Juan-José López Burniol, Notario de Barcelona, en las ‘Primeras Jornadas Aequitas’, celebradas en abril del 2002.

¹⁷⁰ Código Civil de Paraguay. Ley 1.183/1986. ‘Intercontinental Editora’. Asunción, 1995.

¹⁷¹ Código Civil para el Estado de Querétaro, vigente desde 1 de enero de 1990. ‘Sista, S.A.’, México, D.F. 1994.

¹⁷² Código Civil de Puerto Rico. 1930. ‘Publishing Corporation’. Orford, New Hampshire, 1990.

¹⁷³ *Codice civile* italiano, aprobado por Real decreto de 16 de marzo de 1942. ‘Società Editrice de Il Foro Italiano’. Roma, 1999.

el artículo 489, establece que la persona mayor de edad que se halle en un estado habitual de imbecilidad o de demencia, debe ser incapacitado, aunque pueda presentar intervalos lúcidos¹⁷⁴.

La *doctrina* también entiende que no hay incapacitación si no hay una declaración judicial que *crea* la situación jurídica y el estatuto de la persona incapacitada. Díez Picazo considera que este régimen legal debe aplicarse a las personas incapacitadas en sentido propio; pues de las que puede predicarse una incapacidad natural para comprender y para querer, como los dementes, oligofrénicos no incapacitados, no se precisa declaración judicial¹⁷⁵. Por su parte, en este punto, González Enríquez¹⁷⁶ opina lo contrario: que la *incapacidad* del enfermo mental no supone por sí misma la sujeción a la tutela, sino sólo a través de la *incapacitación judicial*. Para el Profesor Albaladejo¹⁷⁷ la incapacitación consiste en la reducción o limitación de la capacidad general de obrar de quienes se hallan en casos de ingobernabilidad por sí mismos, realizada por el oportuno procedimiento y en virtud de *sentencia* judicial; pero no cabe despojar a la persona de toda su capacidad de obrar.

No constituyen supuestos de incapacitación propiamente dicha ciertos defectos o enfermedades físicas que no afectan a la capacidad general de obrar, sino que producen solamente ‘incapacidades especiales’ que no precisan declaración judicial alguna: defectos como la *ceguera*, que exigen requisitos suplementarios o condicionan el ejercicio de la facultad de hacer testamento abierto (Cc 697, 2º) o le impiden otorgar testamento cerrado (Cc 708), o para ser testigo (Cc 681,2º y 1.246,2º). Ello no obstante, en el caso de que la ceguera, bien de nacimiento bien de edad temprana, haya impedido a quien la padece adquirir una educación que le

¹⁷⁴ *Code Civil Belge*. ‘Marabout’, Allier, Belgique, 1996.

¹⁷⁵ Díez Picazo: *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*. ‘Tecnos’. Madrid. 1986, p. 179.

¹⁷⁶ Manuel González Enríquez, Notario de Madrid: *Procedimiento para la reintegración a la capacidad de los enfermos mentales. En torno a la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*. ‘Anuario de Derecho Civil’, 1949, II-3, julio-septbre., p. 1.135.

¹⁷⁷ Manuel Albaladejo: *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*. Volumen I. ‘Bosch’. Barcelona, 1991, p. 260.

permita ejercer el gobierno de su persona y sus bienes, podría incurrir en causa de incapacitación graduable según el nivel que el defecto le pueda afectar a su capacidad intelectual.

También la *sordomudez*, que por sí sola no afecta a la capacidad, pero en el anterior artículo 200 del Código Civil se sujetaba a tutela a los mayores de edad que la padecieran si no sabían leer y escribir, que deberían ser previamente incapacitados, pero que hoy ha desaparecido como figura típica de una deficiencia física productora de incapacidad jurídica, no obstante lo cual, siempre que el sordomudo se encuentre comprendido en alguno de los supuestos del artículo 200 nos hallaremos ante una posible incapacitación¹⁷⁸. Tras la reforma de la Ley 13/1983, al sordomudo tan sólo le afectan unas muy concretas y especiales limitaciones como las dispuestas para ser testigo en los testamentos, para aceptar y repudiar herencias y para contratar en general, recogidas en los artículos 681, 996 y 1.263 de nuestro Código Civil.

Limitaciones semejantes relativas a los sordomudos existen en la *legislación extranjera*. En el Código Civil de Querétaro, su artículo 435 dispone que tienen incapacidad natural y legal los sordomudos que no saben leer ni escribir. Y el citado Código Civil de Paraguay, en su artículo 37, tras distinguir la incapacidad de hecho en absoluta y relativa, incluye en el primer grupo a los 'sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios'; y en el artículo 87 declara que están sujetos a inhabilitación quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera u otras, no son aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses. También en el Código Civil de Brasil su artículo 447 somete a interdicción, junto a los locos de toda clase y a los pródigos, a los sordomudos sin educación que los habilite para expresar con precisión su voluntad.

Pero si a la tutela ha de preceder la declaración de incapacidad, o se pueden dar casos en que se proceda a la defensa de un incapaz sin

¹⁷⁸ Mariano Martín-Granizo Fernández: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. En colaboración con José-Luis Albácar López. 'Trivium'. Madrid, 1955, Tomo I (2), p. 1.808.

que conste tal declaración, no por ello debe conducirnos a deducir que esta relación entre una y otra llegue a confundirlas. Pues, como dice el Profesor Fernández López¹⁷⁹, la declaración de incapacidad y la constitución de la tutela, aunque complementarias, son dos actividades jurídicas del todo independientes, dotadas de autonomía conceptual y real propias. Materialmente, persiguen fines claramente distintos. Formalmente, podrían ser encomendadas a órganos diferentes, y su conveniencia y concreción, decididos en procesos de diferente naturaleza: la primera necesita un proceso contencioso, mientras que la segunda es un acto típico de jurisdicción voluntaria. La incapacidad es un hecho jurídico o, si se quiere, un conjunto de hechos jurídicos. Se es o no se es incapaz, con independencia de que las leyes regulen esta situación. Pero en nuestro actual Derecho la incapacidad es un hecho jurídicamente irrelevante hasta que se incapacita judicialmente a la persona incapaz. Podría así distinguirse entre el *incapaz*, que goza de la presunción de capacidad, y el *incapacitado*, cuando es privado de ella, total o parcialmente, por sentencia judicial. Cuando el fallo judicial declara incapaz al sujeto, dice el Profesor Albaladejo, modifica su estado civil y lo constituye en uno nuevo: el de *incapacitado*.

Pero puede mantenerse la duda, teniendo en cuenta que al no poder el mismo interesado instar la declaración de su propia incapacitación, ya se le tiene por incapaz; en tanto, al considerarse legitimado para pedir el reintegro a la capacidad, parece como, aún bajo los efectos de la sentencia que lo ha incapacitado, se le considera con capacidad procesal para ello. Aquí no se percibe con claridad el carácter constitutivo de la sentencia que incapacita y la naturaleza contenciosa del procedimiento en que recae.

Resulta, pues, que la *incapacitación* no es la simple consecuencia del hecho jurídico de la incapacidad, sino consecuencia de la resolución judicial que incapacita. Para el Profesor Guasp¹⁸⁰ la tutela es la

¹⁷⁹ Miguel Angel Fernández López: *Derecho Procesal Civil*. En colaboración con Andrés de la Oliva. 'Centro de Estudios Ramón Areces'. 4ª edición. Madrid. 1995. p. 204.

¹⁸⁰ Jaime Guasp Delgado: *Derecho Procesal Civil*. 'Instituto de Estudios Políticos'. Madrid, 1968. Tomo II, Parte Especial, p. 523.

consecuencia, pero no el contenido de un proceso especial de incapacitación.

Por otra parte, aunque por ceñirnos a nuestro estudio venimos contemplando el caso de incapacitación de los mayores de edad, los menores también pueden ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (Cc 171, 201 y 205)¹⁸¹. Es de suponer que esta incapacitación, que solamente puede ser pedida por quienes ejercen la patria potestad o la tutela, se promueva con ocasión de la próxima e inminente mayoría de edad, pues no parece tener sentido si el incapaz tiene pocos años, cuando no está garantizada la sobrevivencia hasta alcanzar la mayoría de edad¹⁸². Esta previa incapacitación del menor es condición de la prórroga de la patria potestad, que se produce por ministerio de la ley (Cc 171)¹⁸³; y ya esta misma posibilidad existía en el artículo 776,1 del propio Código Civil al decir que ‘el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, ha sido declarado incapaz por enajenación mental’. Es posible cuestionar la utilidad o la posibilidad de incapacitar a un menor, que ya es incapaz en razón a su misma edad; pero la doctrina entiende que la incapacidad del menor no es absoluta, sino relativa en cuanto a determinados actos, pues hay otros que puede realizar por sí; pero en cualquier caso esta eventual incapacitación se estima útil porque evita la constitución de la tutela tras alcanzar la mayoría de edad, y con ello, se obvian los inconvenientes que para el afectado supone el cambio de la persona encargada de su guarda¹⁸⁴.

¹⁸¹ ‘Preincapacitación’, ‘incapacitación de futuro’ o ‘incapacitación latente’, según los casos, en la terminología empleada por Martín-Granizo: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Obra en colaboración con José Luis Albácar. ‘Trivium’, Madrid, 1995, p. 1.818.

¹⁸² El *Codice civile* italiano, en su artículo 416, establece que ‘el menor no emancipado puede ser incapacitado o inhabilitado en el *último año* de su minoría de edad; y estas limitaciones surten efecto a partir del día en que el menor alcanza la mayoría de edad’.

¹⁸³ Hoy la ‘patria potestad prorrogada’ por incapacidad del hijo menor no emancipado aparece también recogida en el artículo 30 de la Ley catalana 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre.

¹⁸⁴ Jaime Castro García: *Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela*. ‘Jornadas de Derecho Procesal’, Madrid, 26-28 de enero de 1984. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, p. 70.

Por otra parte, debe destacarse la *importancia* de esta exigencia de la previa incapacitación judicial de las personas mayores como requisito indispensable para sujetarles a tutela o a curatela; importancia que se destaca por el hecho de que se dedique a esta institución nada menos que todo un Título IX del Libro I del Código Civil.

Dejó escrito De Castro que la incapacitación constituye un acto modificativo del estado civil de la persona; y tras las reformas llevadas a cabo por la Ley 13/1983, Martín-Granizo¹⁸⁵ la completa, definiendo la incapacitación como ‘aquel acto judicial que al operar la modificación absoluta o relativa del ser jurídico de la persona, o sea, su personalidad, la somete a tutela’. Lucía García¹⁸⁶ entiende también que la incapacitación supone un acto judicial modificativo del estado civil de la persona, que la somete a tutela o a curatela. Y para O’Callaghan es ‘la privación de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia’.

2. La insuficiente e ineficaz *regulación legal*, tanto de la incapacitación como de la tutela, venía siendo denunciada a lo largo de las últimas décadas. Estaba excesivamente fragmentada y dispersa, cuando no entremezcladas las normas materiales y procedimentales que hacen referencia a una y otra¹⁸⁷. Desde una primera fase en la que el nombramiento de tutor dependía del *hecho natural* de la incapacidad, se ha llegado al reconocimiento del *hecho jurídico*, con las consecuencias de constituir la incapacidad natural con la resolución judicial que incapacita, y con la conclusión de que tal consecuencia no se podía derivar de un expediente de jurisdicción voluntaria. Pues durante años, nuestras leyes se dedicaron a regular la tutela o la curatela, pero se venían desentendiendo

¹⁸⁵ En la citada obra de Albácar y Martín-Granizo, nota 178, p. 1.798.

¹⁸⁶ Lucía García García: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. ‘Editorial Revista General de Derecho’, Valencia, 2000.

¹⁸⁷ Con evidente intención de alojar cada artículo en su correspondiente lugar, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil recoge, con ligeros retoques, algunos preceptos del Código Civil, entre otros, LEC 749,1=Cc 206; LEC 757,1=Cc 202; LEC 757,2=Cc 203; LEC 757,3=Cc 204; LEC 757,4=Cc 205; LEC 757,5=Cc 294; LEC 761,1=Cc 212.

de la regulación procesal del juicio en que se incapacita, que es su presupuesto. Este aspecto procesal de la incapacitación ha sido estudiado por especialistas en las 'Jornadas de Derecho Procesal' celebradas en Madrid en 1984 por el Consejo General del Poder judicial, y por lo que respecta al impacto sobre las personas mayores, se ha interesado el Profesor Moreno Quesada en los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos celebrados en Ronda en el mes de julio de 2001¹⁸⁸.

3. El *proceso de incapacitación*, entendido en amplio sentido, comprende: 1) el de incapacitación en sentido estricto, en el que se pide que una persona quede formalmente incapacitada porque no puede gobernarse por sí misma; 2) el de modificación del alcance de la incapacitación constituida, o, en su caso, de reintegración de la capacidad; y 3) el de incapacitación por prodigalidad.

a/ En nuestro *Derecho histórico* apenas hay referencias acerca del procedimiento a seguir para declarar la incapacidad. En las *Partidas* se dice que el Juez intervendrá respecto a la curatela de los 'desgastadores de sus bienes', o de los 'locos o desmemoriados', lo que se entendía como un juicio contradictorio para la incapacitación por causa de prodigalidad. Pero nada aparece acerca de la exigencia de incapacitación judicial *previa* al nombramiento de tutor o curador, hasta la *Ley de Enjuiciamiento civil de 1855*¹⁸⁹. A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia entendían que tal declaración de incapacidad tenía una importancia secundaria, y su trámite procesal era una formalidad más de las que debían observarse en el *expediente de jurisdicción voluntaria*, cuyo final es el nombramiento de curador.

¹⁸⁸ Bernardo Moreno Quesada: *Personas mayores e incapacitación*, en el Curso sobre 'Asistencia y Protección a las Personas Mayores'. Ronda, 2001.

¹⁸⁹ 'El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del domicilio del que lo necesite, *luego que tenga noticia de su incapacidad*' (artículo 1.243). 'A este nombramiento *deberá preceder* justificación cumplida de la incapacidad' (artículo 1.244).

La *Ley de Enjuiciamiento civil de 1881* abordó el tema sin aclarar las numerosas dudas que planteaban la doctrina y la práctica judicial. Se inclina, indudablemente, por el *juicio de menor cuantía* para declarar la incapacidad¹⁹⁰; y mantiene la exigencia de la *previa* declaración de incapacidad por sentencia firme¹⁹¹, que es constitutiva, en tanto la que desestima la demanda es de naturaleza meramente declarativa¹⁹². Pero al encontrarse esta norma incluida dentro del Libro III, que trata de la *jurisdicción voluntaria*, alberga la duda acerca de la idoneidad de este procedimiento para la declaración de incapacidad.

Al promulgarse el *Código civil* en 1889, ciertos artículos dejaron resueltas algunas de las numerosas dudas que pudieron y debieron ser aclaradas en tal ocasión. Está claro que 'la declaración de incapacidad deberá hacerse *sumariamente*' para los locos y sordomudos (artículo 218), y 'en *juicio contradictorio*' para los pródigos (artículo 221); pero, como observa el Profesor Fernández López¹⁹³ ni existía ni existe en nuestro Derecho un 'proceso sumario' al que pudiera hacerse referencia (como existe, por ejemplo, un 'proceso incidental'); y aunque existen procesos de carácter sumario (interdictos, alimentos provisionales, etc.) están pensados para finalidades muy concretas, distintas entre sí, y regulados de forma diferente. También el Profesor Guasp¹⁹⁴ opina que no existe en el Derecho español un proceso positivamente cualificado de sumario, y los que la doctrina designa con este nombre son evidentemente inadecuados para la incapacitación, por lo que 'no se sabe a qué término hace referencia la prescripción, no meditada, del Código Civil'.

¹⁹⁰ 'Se decidirán en el juicio de menor cuantía: 1º. Las demandas... 2º. Las relativas a filiación... *capacidad* y estado civil de las personas' (artículo 484).

¹⁹¹ 'El Juez competente, a cuyo conocimiento llegue que alguna persona *ha sido declarada por sentencia firme, incapacitada* para administrar sus bienes...' (artículo 1.847). 'Cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará *sumariamente* en un antejuicio...' (artículo 1.848).

¹⁹² Miguel Angel Fernández López y Andrés de la Oliva: *Derecho Procesal Civil*. 'Centro de Estudios Ramón Areces'. 4ª edición, Madrid, 1995, ps. 227 y 228.

¹⁹³ Miguel Angel Fernández López: O. c. en nota anterior, p. 207.

¹⁹⁴ Jaime Guasp: *Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Tomo II, Parte Especial. 'Instituto de Estudios Políticos'. Madrid, 1968, p. 417.

Durante la vigencia simultánea de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y del Código Civil de 1889, en opinión del Profesor Prieto Castro¹⁹⁵ son sólo tres los preceptos que se ocupan en el procedimiento para llegar a la incapacitación de enfermos y débiles mentales, mayores de edad, como *condición jurídica* para someterlos a tutela: dos del *Código civil*, el artículo 216 que disponía que ‘antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al Consejo de Familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz’; y el antes citado 218: ‘La declaración de incapacidad deberá hacerse *sumariamente*’. Y el tercero, el 1.848 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, también citado en nota anterior. Con ello, aumentaba la perplejidad acerca del procedimiento idóneo para llegar a la incapacitación de una persona, pues a causa de ello se ha producido una gran diversidad de criterio a la hora de determinar el tipo de proceso a que se alude en unas y otras expresiones. Esta discrepancia se manifiesta en el campo doctrinal, en el de la doctrina legal del Tribunal Supremo, en las consultas y Circulares de la Fiscalía del mismo Tribunal, sosteniéndose que las cuestiones de incapacitación se han de llevar al ámbito de la jurisdicción voluntaria, conforme a los principios generales de la misma, al proceso de incidentes, o a un tipo innominado de proceso contencioso con matiz inquisitivo¹⁹⁶.

Ya hemos visto cómo en el *año 1977*, el estudio de para la reforma del Código civil en materia de tutela, redactado por los Profesores Díez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Caffarena, presentó un ‘Anteproyecto de Ley de Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la Tutela’, bajo el patrocinio del ‘Patronato para ayuda a subnormales’ de la Fundación General Mediterránea y el SEREM. El Anteproyecto se refería sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código civil, el primero de los cuales, de nuevo cuño, trataría, precisamente, de la incapacitación, e introducía la novedad de la ‘incapacitación voluntaria’ (artículo 211). Se decía en el estudio que ‘el Título dedicado a la incapacitación determina una novedad en nuestro

¹⁹⁵ Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz: *Derecho Procesal Civil*. Volumen 2º. ‘Editorial Tecnos’, Madrid, 1973, p. 92.

Código civil que, lógicamente, hace innecesario el párrafo 2º del artículo 32¹⁹⁷, por lo cual éste viene suprimido'. Y se recogían las graves críticas por parte de sociólogos y juristas acerca de 'la inadecuación de las normas a la realidad social', se hacía una más acertada contemplación de las causas que determinan la incapacitación (artículo 200); se legitiman para pedir la declaración de incapacidad al cónyuge, los descendientes y los ascendientes del presunto incapaz, así como a los 'directores de los establecimientos en que eventualmente se encuentren recogidos o *asilados*' (vocablo éste que no deja de sorprender en nuestros días) así como también al Ministerio Fiscal (artículo 201). El Juez podría elegir el juicio ordinario o el sumario, oídas las partes interesadas y el Ministerio Fiscal, 'que intervendrá siempre en el procedimiento aunque no haya sido promotor del mismo' (artículo 204).

Y así llegó el '*Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de Tutela*', que el Gobierno presentó al Congreso de los Diputados el mes de junio de 1981, y que, evidentemente, se inspira en el citado Anteproyecto. Entre otras novedades, posibilita una nueva declaración judicial en el ámbito de la incapacitación tras la sentencia que la declara, y sobrevenidas nuevas circunstancias, que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (artículo 212). Curiosamente, como ya hemos observado antes, quien vaya a ser declarado incapaz no podría iniciar el procedimiento (artículo 202); pero sí se le reconoce, en cambio, capacidad para formular la petición a fin de dejar sin efecto o modificar la incapacitación ya declarada (artículo 213). En otra parte de este trabajo se narran las vicisitudes por las que pasó este *Primer Proyecto*, que no llegó a convertirse en Ley debido a la disolución de las Cortes en mayo del año 1982.

El llamado *Segundo Proyecto*, presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados en enero de 1983, fue tramitado regularmente,

¹⁹⁶ Prieto-Castro: *Derecho Procesal Civil*, citado en nota anterior, p. 93.

¹⁹⁷ Según Martín-Granizo, derogado el párrafo segundo del artículo 32 del Código Civil, que estima acertada, desaparece de nuestro Ordenamiento el *único* precepto que marcaba los casos o supuestos de incapacidad. (Obra citada en nota 178, p. 1.802).

y acabó por convertirse en la *Ley 13/1983, de 24 de octubre*, según hemos visto. Esta Ley regula la materia de la incapacitación bajo el nuevo Título IX, lo que se considera como una de las novedades más importantes de la reforma; y aunque no resolvió toda la problemática que plantea la declaración de incapacidad mediante un proceso de incapacitación, sí dejó resueltas, al menos, las dos siguientes cuestiones: 1) que la declaración de incapacidad debe hacerse formalmente por medio de una *sentencia judicial*¹⁹⁸; y 2) siempre será *con anterioridad* al nombramiento de tutor o curador¹⁹⁹. Se reconoce de este modo la *presunción de capacidad* a toda persona, presunción que puede ser desvirtuada tan solo por una sentencia firme. Y esta sentencia será dictada en un *juicio declarativo ordinario de menor cuantía*, de conformidad con el artículo 484 de la LEC de 1881, según la remisión expresa de la Disposición Adicional Unica de la misma Ley 13/1983²⁰⁰, ‘entretanto no se proceda a regular *de otra manera* en la Ley de Enjuiciamiento Civil...’. Pues los demás procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria.

Tras la promulgación de esta Ley 13/1983, el Consejo General del Poder Judicial organizó en Madrid unas ‘Jornadas de Derecho Procesal’²⁰¹, en el curso de las cuales hubo algún interviniente que, sin perjuicio de un juicio favorable en general, por considerar que había venido a poner algo de orden en nuestro ordenamiento positivo, mostró su crítica a ciertos aspectos de la reforma. Avello Fuertes lamenta que, una vez más, regule el Código materias específicamente procesales que debieran haberse dejado

¹⁹⁸ No prosperó la enmienda 100, del Diputado Popular Pillado Montero, que proponía sustituir en el artículo 199 la palabra ‘sentencia’ por la palabra ‘resolución’. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 27, 11 de mayo de 1983, en ‘Trabajos Parlamentarios’, III, p. 2.653.

¹⁹⁹ ‘Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley’ (artículo 199).

²⁰⁰ Dispone lo siguiente: ‘En tanto no se proceda a regular *de otra manera* en la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del *juicio declarativo de menor cuantía*, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción. Los demás procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre *jurisdicción voluntaria*’.

²⁰¹ Consejo General del Poder Judicial: *Jornadas de Derecho Procesal*. Madrid, 1984.

para la futura Ley de Enjuiciamiento Civil, y acusa al legislador de no haber tenido las cosas muy claras en cuanto al procedimiento a aplicar, así como a la naturaleza del mismo.

Por último, la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, viene a instalar el proceso de incapacitación en el ámbito de la *jurisdicción contenciosa*, si bien considerado como un 'proceso especial'. En el capítulo XIX de su Exposición de Motivos, se dice que se incluyen bajo la denominación de *procesos especiales imprescindibles*, 'a los que con inequívocas e indiscutibles particularidades, han de servir de cauce a los litigios en asuntos de *capacidad...*'. Y reconociendo el anterior estado del problema, añade: 'Se trae así a la Ley procesal común, terminando con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas'. Y ya en el articulado, tras el 'Título Preliminar: De las normas procesales y su aplicación' (artículos 1 a 4); del 'Libro I: De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles' (artículos 5 a 247); del 'Libro II: De los procesos declarativos' (artículos 248 a 516); y del 'Libro III: De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares' (artículos 517 a 747), se encuentra el 'Libro IV: De los procesos especiales' (artículos 748 a 827), cuyo Título I trata 'De los procesos sobre *capacidad*, filiación, matrimonio y menores'; y sus normas serán aplicables a los procesos que versen 'sobre la *capacidad* de las personas y los de declaraciones de prodigalidad', según el artículo 748.

b/ Al tener asignado un 'proceso *especial*' (Libro IV, artículo 748 y siguientes) podría llegarse a la conclusión de que el de incapacitación ya queda excluido de la normativa referente a los procesos declarativos *ordinarios* (Libro II). Con esta interpretación, habría que estimar inoperante la Disposición Adicional Unica de la Ley 13/1983, que se remitía al juicio declarativo de menor cuantía. Pero sería errónea tal conclusión. Dispone esta Ley procesal que toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada otra tramitación, será *ventilada* y decidida en el proceso

declarativo que corresponda; a cuya clase pertenecen el juicio ordinario y el juicio verbal (artículo 248). Suponiendo que en todo proceso de incapacitación exista 'contienda judicial entre partes', y tras desplazarle del juicio declarativo, el artículo 753 establece que 'salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este Título se sustanciarán por los trámites del *juicio verbal*, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda...' Es decir: la vuelta al juicio verbal, si bien con carácter especial. Esto viene a demostrar que, a la perplejidad de la doctrina en este punto, se suma la que pueda resultar de esta reciente y complicada regulación de la normativa aplicable a los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad, pues para los demás rigen las normas de la jurisdicción voluntaria, según acabamos de ver.

c/ Es también necesaria siempre la intervención del *Ministerio Fiscal*, aunque no haya sido promotor del proceso, según expresamente disponen los artículos 206 del Código Civil y 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Actúa como parte, y sobre él recae el mayor peso, pues además puede actuar: 1) como *promotor* del proceso, de oficio o a instancia de parte (Cc 203); y 2) como *defensor* del presunto incapaz si el propio Ministerio Fiscal no ha sido el promotor (Cc 207). Es una aplicación práctica de lo dispuesto en los artículos 124 de la Constitución y 3º de su Estatuto Orgánico, que le atribuye como 'magistratura de amparo' de menores, *incapaces*, etc., la defensa de la legalidad y el interés público y social en cuantos procesos haya de intervenir relativos al *estado civil* y en los demás que establezca la ley; y asumirá la representación de quienes, por carecer de la *capacidad de obrar* o de representación legal no pueden actuar por sí mismos, no sólo en el ámbito del procedimiento judicial sino incluso fuera del mismo; aspecto éste que se integra en el marco constitucional de los derechos fundamentales de la persona que consagran los artículos 10, 15, 24 y concordantes del propio texto constitucional. A lo largo de varios artículos del mismo Código, en esta materia, aparecen encomendadas al Ministerio Fiscal otras funciones: la promoción de la

declaración de incapacidad (Cc 203), la defensa del presunto incapaz (Cc 207); conocer del internamiento del mismo (Cc 211); así como la petición de nueva declaración para dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (Cc 213).

No se trata del ejercicio de una acción pública, pues la legitimación para promover este proceso se reconoce solamente a determinadas personas (Cc 202 y LEC 757,1); pero aún así, algún autor entiende que es criticable, e incluso podría alcanzar niveles de inconstitucionalidad, que 'cualquier persona' esté facultada para denunciar los hechos que, al menos aparentemente, son causa de incapacitación, por entender que puede afectar a una intromisión en la esfera privada y en la vida íntima de la persona, el provocar que el Ministerio Fiscal promueva la acción contra alguien que posiblemente no causa molestias a nadie ni alarma pública²⁰².

No obstante, el Ministerio Fiscal debe promover la declaración de incapacidad a instancia de 'cualquier persona' (Cc 203 y LEC 757,2). El propio incapaz, que no puede incoar por sí el procedimiento que sentencie su propia incapacitación, puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la incapacidad (Cc 204 y LEC 757,3). Pues en todo caso, en opinión de Martín-Granizo²⁰³, estos artículos constituyen un *numerus clausus*.

El Juez no puede iniciar de oficio el procedimiento²⁰⁴ (Cc 202 y LEC 756), pero puede solicitarlo del Ministerio Fiscal; así como adoptar, a instancia de parte o de oficio, las medidas necesarias para la mejor protección del presunto incapaz (Cc 203 y 209).

²⁰² Carlos Vázquez Iruzubieta: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. 'Bosch', Barcelona, 1999, ps. 41 y sigs.

²⁰³ Martín-Granizo, en la obra antes citada, nota 178, p. 1.829.

²⁰⁴ Juan Montero Aroca y otros: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. 'Tirant lo Blanch'. Valencia, 2000, p. 796.

d/ En el proceso de incapacitación el *demandado* es siempre el ‘presunto incapaz’²⁰⁵ (LEC 758), ‘la persona a la que se trata de incapacitar’²⁰⁶. En trámite parlamentario de la Ley 13/1983 se rechazó una enmienda que consideraba que esta denominación podría suponer un prejuicio sobre la capacidad, y se proponía sustituirla por la de ‘incapacitando’²⁰⁷. En el artículo 216 de la anterior redacción del Código Civil se le llega a llamar ‘*denunciado* por incapaz’²⁰⁸; y también el 76 y el 89 del Código paraguayo dicen, respectivamente, que ‘el Juez examinará al *denunciado*’, y que ‘declarará la interdicción del *denunciado*’.

El *demandado* puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación; pero si no lo hace o no puede hacerlo, será defendido por el Ministerio Fiscal siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, pues si lo ha sido, procede el nombramiento de un defensor judicial caso de que no existiera (Cc 207 y LEC 758).

e/ Se declara la ineficacia de la renuncia, no se admiten el allanamiento y la transacción, y se condiciona el desistimiento (LEC 751).

Las particularidades de la *prueba* y, en general, de la tramitación del proceso de incapacitación, en los términos exigidos por los artículos 208 del Código Civil y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen que ver con la citación de los parientes más próximos del presunto incapaz y, de modo especial, con el examen y, si tuviera suficiente juicio, la audiencia del mismo, con el necesario dictamen pericial médico, siempre previo a toda declaración judicial de incapacidad. Entendemos que en todo caso el

²⁰⁵ En la discusión parlamentaria de Comisión ironizaba el Diputado Pillado Montero sobre la demanda de juicio declarativo de menor cuantía que plantee ‘el padre de un subnormal contra su hijo’, para que se declare la incapacidad de éste. (‘Trabajos Parlamentarios’ antes citados, III, p. 2.724).

²⁰⁶ Francisco Lledó Yagüe, Director: *Comentario a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. ‘Dykinson’, Madrid, 2000, p. 700.

²⁰⁷ Enmienda nº 37, del Grupo Popular, desestimada en el Informe de la Ponencia.

²⁰⁸ En el ‘Proyecto del Código Civil’ de 1851, se le llama ‘*demandado*’; y en la primitiva redacción del Código Civil no figura esta expresión.

‘demandado’ debe ser examinado por el Juez, quien es el único que, en definitiva, podrá apreciar si el juicio de aquél es ‘suficiente’.

f/ El juicio de incapacitación termina por *sentencia*, de conformidad con las disposiciones civiles y procesales que rigen los procesos de menor cuantía a las que se somete. Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, un sector de la doctrina²⁰⁹ entendía que la resolución debería adoptar la forma de *auto*, basada en la literalidad del artículo 219 del Código: ‘contra los *autos* que pongan término al expediente de incapacidad...’; pero otro²¹⁰ opinaba que la decisión final debería ser una *sentencia*, como para los pródigos la exigía el artículo 221,2; y no un auto, no obstante la cita del artículo 219, cuando habla de la resolución que pone término al ‘expediente’ de incapacidad. Y ésta es la disposición expresa y terminante de los artículos 199, 210 y 277 en su última redacción, que al hablar de *sentencia* de incapacitación, no dejan lugar a dudas.

El anterior sistema, según hemos visto, no admitía gradación o *carácter variable* en la materia, excepto cuando se trataba de sordomudos, que permitía que la resolución fijara ‘la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos’ (Cc 218); pues en el caso de enfermedades mentales la sentencia y la consecuente tutela tenían unos límites típicos, fijos e invariables. Fue la jurisprudencia, como tendremos ocasión de ver, y en especial la Sentencia de 5 de marzo de 1947, cuya doctrina ha sido reiterada por otra de 6 de febrero de 1968, la que, con el beneplácito de la doctrina, consolidó la tendencia a admitir para los casos de oligofrenia o retraso mental la variabilidad del contenido en la resolución de la incapacitación. Hoy ya está reconocida esta posibilidad de modo expreso por los artículos 210 del Código Civil y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁰⁹ L. Prieto-Castro y Ferrándiz: *Derecho Procesal Civil*, o. c. en nota 195, p. 94.

²¹⁰ Jaime Guasp: *Derecho Procesal Civil*, o. c., p. 418.

Para el Profesor Albaladejo²¹¹ la sentencia de incapacitación puede *reducir* o *limitar* la capacidad general de obrar de una persona, como dos formas de incapacitar, y ambas graduables. Lo que la ley no permite nunca es que la incapacitación prive a esa persona de *toda* su capacidad. Porque la misma ley estima que la capacidad para ciertos actos no depende de que haya o no haya incapacitación, sino de que la persona que se halle en ciertas circunstancias independientes de la incapacitación (por ejemplo, ser mayor de catorce años para poder testar), esté en condiciones de querer conscientemente el otorgarlos. Pues conserva la capacidad de casarse (Cc 56,2) o de testar (Cc 665 y 666). Pero puede privar al que la sufre del desempeño de funciones y poderes familiares: patria potestad (Cc 156,4), tutela (Cc 241), administración y disposición de bienes gananciales (Cc 1.387), etc. En general, la capacidad de que se le priva es la relativa a aquellos actos que se encomiendan al tutor que se le ha de nombrar para que los pueda realizar por él; pues los demás quedan, *restan* en la disminuida pero no anulada capacidad del afectado²¹². Y para los demás actos que no estén especificados como susceptibles de realizar el incapaz, sin perjuicio de contemplar cada caso en concreto, habrá que tener presente: 1) que en caso de duda, hay que atenerse a la menor restricción de capacidad como regla general; y 2) hacer posible que, como sigue siendo capaz, el incapacitado puede realizar por sí el acto cuando se halle en un intervalo lúcido.

Ello permite que, en materia propia de tutela (Cc 222,2º) la extensión y límites variables de la sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación, se trasladen a la gradación de la misma, por lo que, en el tema de la autodelación de la tutela, habrá que adaptar a la resolución judicial lo dispuesto por el incapacitando; la cual, por otra parte, no debe ignorar las declaraciones de voluntad o aún las meras instrucciones expresadas por el interesado cuando se hallaba en plena vigencia de sus facultades.

²¹¹ M. Albaladejo: *Derecho Civil, I. Introducción y Parte general*. Barcelona, 1991. p. 260.

²¹² 'Privada de su capacidad, el ejercicio de la acción de separación matrimonial de una mujer incapacitada corresponde a su madre tutora'. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de diciembre de 2000).

g/ La *sentencia* que declara la incapacidad, según hemos visto, es de *naturaleza constitutiva*, es decir, esencial para la constitución, en caso de un nuevo estado civil, o modificación, si lo declarado supone restricción o modificación de la capacidad normal de obrar, de la relación o situación jurídica sobre la que se pronuncia; y tiene una eficacia *ex nunc*, pues sus efectos se retrotraen a la fecha de interposición de la demanda, de la que se puede pedir anotación preventiva en el Registro de la Propiedad²¹³, por lo que no afecta a los actos anteriores realizados por el ya incapaz. Es ahora cuando la pretensión de incapacitación se convierte en un estado de incapacidad. Por el contrario, la resolución desestimatoria es de naturaleza *declarativa*. Una y otra son perfectamente revisables, por lo que pueden ser objeto de recurso, en cuya materia no entraremos dada la naturaleza específica de este trabajo; ni tampoco en otros efectos secundarios o reflejos de la sentencia, salvo ligeras alusiones, como pueden ser su firmeza, su eficacia de ‘cosa juzgada’, etc.

Para el Profesor Fernández López, la verdad es que la sentencia que se dicte en juicio de incapacitación ‘dista mucho de ser una sentencia ordinaria’; y señala como sus particularidades, estas tres: 1) la congruencia, pues no juega papel alguno en estos procesos, porque en ellos no rige el principio dispositivo. El Juez es absolutamente libre para incapacitar o no y, en el primer caso, determinar el alcance y los límites de la incapacitación; 2) el amplio margen que la Ley concede al Juez, encargado de velar por la efectividad de los intereses públicos que tiene encomendados, de dictar una verdadera *lex specialis* que regirá la vida del afectado bajo un régimen de tutela o de curatela; y 3) la cosa juzgada: la sentencia desestimatoria de la pretensión de incapacidad es, ya lo hemos visto, de naturaleza declarativa, y su pronunciamiento único pasa en autoridad de cosa juzgada material, y está sujeta a las reglas generales que marcan los límites temporales de la cosa juzgada. Pero la sentencia estimatoria, de naturaleza constitutiva produce una eficacia *erga omnes*,

desde el momento en que adquiere firmeza, de conformidad con el artículo 1.252,2 del Código Civil.

Asimismo, puede contener la sentencia alguna disposición acerca del internamiento del presunto incapaz (artículos 210 y 211 del Código, y 760 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil). También en este punto deberán tenerse en cuenta las disposiciones que, eventualmente, haya dictado el incapaz en previsión de su autotutela.

4. Por lo demás, ya hemos visto cómo el *proceso* que lleva a una persona a la situación de incapacidad, tiene características de varios tipos de los establecidos como regla general, que le dan una tonalidad *mixta* o híbrida entre unos y otros. Esta peculiaridad se manifiesta en los *principios* que lo informan. En tanto los procesos civiles ordinarios, como el de menor cuantía, se fundamentan en el dispositivo y de aportación de parte, el de incapacitación se rige por los principios contrarios de oficialidad y de investigación de oficio²¹⁴. No existe en realidad un conflicto de intereses privados contrapuestos, sino un único interés de carácter público, por cuanto al Estado interesa la protección de quienes no pueden gobernarse por sí mismos, en condiciones y con las limitaciones de cada caso; así como el no privar de su capacidad a los que, no obstante las apariencias, están en condiciones de gobernarse por sí; y también en que se reintegre la capacidad a aquellas personas que habían sido declaradas incapaces y han vuelto a la anterior situación de normalidad.

Todas estas consideraciones serán útiles a la hora de contemplar la posible solicitud de incapacidad planteada por el presunto incapaz, según tendremos ocasión al estudiar la 'incapacitación voluntaria'.

²¹³ Artículos 2,4º de la Ley Hipotecaria, y 42,5º de su Reglamento, y concordantes.

²¹⁴ 'El principio esencial del proceso civil es el de oportunidad y sus consecuencias, principalmente el principio dispositivo, como manifestación de la autonomía de la voluntad, que está en la base del Derecho Privado. Pero no se puede aplicar cuando se trata de normas imperativas, aunque sean de Derecho Privado'. (Juan Montero Aroca, y otros: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. 'Tirant lo Blanch'. Valencia, 2000, p. 795).

Ya quedó dicho que el 'proceso de incapacitación' entendido en amplio sentido engloba también al que persigue el *reintegro de la capacidad* a quien ha sido privado de ella, y previamente incapacitado.

Con anterioridad a la reforma, hubo alguna posición aislada para la cual la declaración judicial es *conveniente* para hacer constar la capacidad, pero no es *necesaria*; en tanto otros autores entendían que el reintegro a la capacidad podría alcanzarse por cualquier procedimiento: expediente de jurisdicción voluntaria, juicio especial sumario inquisitivo, trámite incidental o mayor cuantía²¹⁵.

La incapacitación, que comienza con una sentencia judicial, dice el Profesor Albaladejo²¹⁶, termina cuando mediante otro fallo inverso se restituye con el estado civil de capaz la capacidad de obrar de que se le privó; restitución que puede solicitarse siempre que haya cesado la causa que motivó la incapacitación. Entiende Vázquez Iruzubieta²¹⁷ que la nueva declaración precisa de un nuevo proceso, jamás será un incidente del primero. En los mismos términos se pronuncia Martín-Granizo²¹⁸, para quien la modificación o el dejar sin efecto la resolución declaratoria de incapacidad, sólo puede llevarse a efecto a través del mismo tipo de proceso y previa resolución de la misma categoría: sentencia.

Su fundamentación y su necesidad son claras, y ahora con mayor motivo con la nueva regulación en los artículos 212 del Código Civil y 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación para el caso de que sobrevengan nuevas circunstancias. Es aceptado generalmente, y tendremos ocasión de volver sobre ello, que los estados de enfermedad que llevan a una incapacidad pueden ser o no ser permanentes, por lo que es previsible una modificación de las circunstancias que afectan al incapaz,

²¹⁵ Jaime Castro García: *Procesos de incapacidad introducidos por la reforma...* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, p. 62.

²¹⁶ M. Albaladejo: *Derecho Civil. o.c.*, p. 278.

²¹⁷ Carlos Vázquez Iruzubieta: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. 'Bosch'*, Barcelona, 1999, p. 330.

²¹⁸ Martín-Granizo, en la obra citada de Albácar, p. 1.864.

lo cual significa que aquellas sentencias son revisables. Se trata de un proceso de modificación o de reintegración de la capacidad. De ahí las previsiones legales en orden a obtener otra declaración judicial que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, siempre, por supuesto, con las debidas garantías.

Ya en el *Proyecto* de Código Civil de 1851, su artículo 308 disponía que ‘cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa también ésta; pero deberá *preceder* declaración judicial que levante la interdicción, observándose en ello las mismas formalidades que para establecerla’. Pero el artículo 278,2 del Código Civil en 1889, disponiendo la extinción de la tutela de los incapacitados por cese de las causas que la motivaron, omite toda indicación no ya respecto al procedimiento a seguir para declarar judicialmente la recuperación de la capacidad, sino incluso respecto a la necesidad misma de esa declaración judicial. Pues para la reintegración de la capacidad no basta recuperar la salud, sino que es preciso salir de esa situación legal de incapacitación; aquí también hay que distinguir entre *incapacidad* e *incapacitación*. Las situaciones de incapacidad en los mayores de edad sólo influyen sobre el estado civil a través del control judicial de la incapacitación²¹⁹.

El *procedimiento* para la reintegración de la capacidad debe seguir los cauces del que llevó a la incapacidad, en líneas generales. Así lo entienden para el régimen anterior los procesalistas Profesores Prieto Castro y Guasp²²⁰. Y el Profesor Albaladejo abunda en esta consideración para el vigente sistema. Y si alguna particularidad hay que señalar, acaso la más importante sea la que reconoce la petición para iniciar este procedimiento ‘al propio incapacitado’²²¹, así como a las personas que podían haber promover el anterior procedimiento según lo disponen los artículos 213 del Código y 761,2 de la Ley procesal vigente; si bien en el

²¹⁹ Manuel González Enríquez: *Procedimiento para la reintegración...* O. c. en nota 176, p. 1.137.

²²⁰ En sus obras antes citadas, ps. 97 y 419, respectivamente.

²²¹ ‘La referencia al propio incapacitado es un acierto de la reforma’. Antonio Reverte Navarro: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991. Tomo I, p. 667.

caso de que estuviera privado de su capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo. Se entiende que en este proceso de reintegración coincide un interés público con un verdadero derecho subjetivo público o constitucional.

La cuestión acerca de la posibilidad de que un incapacitado comparezca personalmente por sí²²² en juicio para pedir su reintegración, si no le reconoce la propia sentencia de incapacitación la capacidad de obrar procesal, es resuelta en el sentido de que, vistas las amplias facultades que la nueva ordenación otorga al Juez, proceda éste al examen de su estado psico-físico. Esta posibilidad de que sea el propio incapacitado quien solicite su reintegro a la capacidad es aceptada generalmente por las leyes extranjeras más recientes; valga por todas la Ley japonesa 149/1999, de 8 de diciembre, cuyo artículo 10 dispone que cuando cese la causa que motivó la constitución de tutela deberá el Juzgado de Familia revocar su resolución anterior a instancia del *propio tutelado*, o de cualquiera de las demás personas que pueden solicitar la declaración de la incapacidad.

No obstante, quedan aún pendientes de resolver algunas incógnitas. Así, por vía de ejemplo, contra quién se dirige la acción si el actor es el Ministerio Fiscal, facultado para ello por el artículo 213 del Código *in fine*. O también si la ejerce el incapacitado ¿contra quién la dirige? Hay que buscar la 'dualidad de partes', y parece que para ello la mejor solución está en el nombramiento de un defensor en el primer caso, y aceptar la legitimación pasiva del Ministerio Fiscal en el segundo; siempre de acuerdo con las amplísimas facultades que se otorgan al Juez. Es otro de los aspectos peculiares del *especial* proceso contencioso acerca de la incapacitación.

En este caso de reintegración de la capacidad la *sentencia* debe pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de la previamente

declarada (LEC 761,3). En cualquier caso, la declaración de incapacidad una vez hecha, surte sus efectos mientras no se modifique o revoque en forma de Derecho.

5. Por último, debemos consignar que todas las resoluciones judiciales sobre incapacitación, según disponen los artículos 214 y 325 del Código Civil y 755 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se anotarán o inscribirán en el Registro Civil (artículos 1,5º y 46 de la Ley de 8 de junio de 1957) y, en su caso, en el Registro de la Propiedad (artículos 2,4º y 42,3º y demás concordantes de la Ley Hipotecaria), y en el Registro Mercantil (artículo 87,4º del Reglamento aprobado por Real Decreto 1.784/1996, de 19 de julio, en relación con las inscripciones que se practicarán en la hoja abierta a cada empresario individual).

Con la inscripción de la sentencia de incapacitación, el Profesor Lete del Río²²³ entiende que se garantiza la publicidad de las resoluciones judiciales, lo que implica que si el declarado incapaz, o capaz en su caso, es comerciante, se crea una firme garantía para quienes pretendan entrar en relación comercial con el mismo, a la vez que se garantizan los intereses del propio incapaz ante pretendidas simulaciones de negocios por parte de terceras personas que, por la fuerza probatoria que produce la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro, nunca podrán alegar ignorancia de aquella incapacidad.

B/ Causas de incapacitación.

1. La incapacitación tiene carácter excepcional, por lo que es preciso que las causas que la provocan estén perfectamente tipificadas. Como afirma Díez-Picazo²²⁴, sólo la determinan las causas establecidas al efecto

²²² Según la Ley de Enjuiciamiento Civil: artículos 7 de LEC 2000, y 2 de LEC 1881.

²²³ Lete del Río: *Comentarios al Código Civil*. 'EDERSA', Madrid, 1994. Tomo IV, p. 195.

²²⁴ Luis Díez-Picazo: *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986, p. 178.

en la ley. No cabe la aplicación de causas introducidas por vía reglamentaria ni derivadas de operaciones jurídicas de interpretación extensiva o analogía. Esta medida es consecuencia de las garantías que establecen, entre otros, los artículos 17,1 y 53,1 de la Constitución Española²²⁵.

Hasta el *Anteproyecto de 1977* solo los artículos 32,2 y 200 del Código Civil, según hemos visto, contenían una asistemática y muy sucinta enumeración de lo que el primero llamaba ‘restricciones de la personalidad jurídica’. No había más categorías que las de *capacidad e incapacidad* para encuadrar en una u otra de ellas a los numerosísimos casos de anomalías y restricciones de toda clase que la realidad presentaba. No había un término medio o de *capacidad limitada o restringida*, ya que solamente, como hemos visto, se admitía la gradación en extensión y límites de la tutela en la declaración de incapacidad de los sordomudos que no supieran leer y escribir (Cc 200 y 218). Su sistema de *numerus clausus* había dejado fuera de la norma una serie de situaciones muy diversas, si bien algunas de ellas no hubieran podido ser previstas por el legislador del Código Civil en 1889; y otras enfermedades o deficiencias físicas en su origen, pero que pueden impedir a la persona que las padece una verdadera imposibilidad de gobernarse por sí misma.

Fue la jurisprudencia, dice el Profesor Díez-Picazo²²⁶, especialmente por medio de las antes citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968, entre otras, la que rompió con esta interpretación tan rigurosa y dualista; y tipificando la incapacidad por imbecilidad o por oligofrenia como distinta de la de los locos o dementes, aplicó la regla de la incapacitación y de la *tutela ‘limitadas’*. La primera de dichas sentencias produjo una división de opiniones de gran calado: de

²²⁵ *Artículo 17,1*: ‘Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley’. *Artículo 53,1*: ‘Los derechos y libertades... vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...’.

²²⁶ Luis Díez-Picazo: *Comentarios...* antes citados, p.195.

una parte, el Profesor Bonet Ramón²²⁷ celebraba que la penuria extremada de disposiciones sobre la materia de que se resiente nuestro Código Civil haya sido superada con acierto en este caso por el Tribunal Supremo, que calando muy hondo en la entraña del problema, ha llenado las lagunas de ley existentes, y luego de haber centrado el concepto de debilidad mental, le considera como una de las causas que dan origen a unas tutelas *restringidas*, en que su extensión debe ser proporcionada al mayor o menor grado de intensidad en que se manifieste el retraso mental. En contra, la sentencia ha sido duramente criticada por el Profesor De Castro y Bravo²²⁸, para quien las razones dadas en la misma no convencen de la necesidad, de la conveniencia o siquiera de la posibilidad jurídica de abandonar la doctrina hasta ahora seguida; pues entre otras razones, no hay laguna legal porque la tutela del imbecil se halla regulada como ‘tutela del demente’, la graduación de la tutela del sordomudo del artículo 218 tiene un carácter especial y excepcional, que impide su ampliación por analogía, y tampoco cabe aplicar el mismo sistema de analogía con la tutela del pródigo del artículo 221 porque ésta se deriva de la protección a la familia, a diferencia de la del imbecil con la que se protege al mismo incapaz, y concluye afirmando que ‘la doctrina de la sentencia no puede aceptarse como interpretación correcta del Derecho vigente y tampoco es recomendable *de lege ferenda*’.

Se venía criticando este sistema de protección de los incapaces establecido en nuestro Código Civil de 1889, entre otras razones, por partir del error de incluir en el concepto de ‘dementes’ y con similitud de efectos tutelares, a una multitud de enfermos de características muy diversas: deficiencias, enfermedad mental y senilidad, y por ello necesitados de campos de protección diferentes²²⁹.

El artículo 32,2 del Código Civil, disponía, en efecto, y sin pretensiones exhaustivas y menos científicas, que ‘la menor edad, la

²²⁷ ‘Revista de Derecho Privado’, 1947, ps. 687, 690.

²²⁸ Federico De Castro y Bravo: *Incapacitación del imbecil (Sentencia 5 marzo 1947)* ‘Anuario de Derecho Civil’. I, 1, enero-marzo 1948, ps. 291 y sigs.

demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que *restricciones de la personalidad jurídica*. Los que se hallaren en alguno de esos *estados* son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del *incapacitado* y un tercero'. Y en el artículo 200 se sujetaban a tutela: 'los *locos* o *dementes*, aunque tengan intervalos lúcidos, y los *sordomudos* que no sepan leer y escribir'. La inclusión de los sordomudos como incapaces sujetos a la tutela o a la curatela siempre tuvo poco fundamento, y así parece considerarse en la actualidad. Ya el mismo Código de Napoleón había omitido la incapacitación de los mismos²³⁰.

2. Bien que mal, esta parva regulación estuvo vigente bajo constantes y crecientes críticas; por lo que ya se proponía la supresión del artículo 32,2 en el *Anteproyecto* patrocinado por la FGM y el SEREM en 1977, porque se estimaba innecesario ante la novedad que suponía introducir en el Código Civil, mediante un nuevo Título IX, el tema de la incapacitación. Según su artículo 200, se consideraban *causas* que podrían invocarse para pedirla: '1º) la enfermedad y la deficiencia mentales, cuando ocasionen en mayor o menor grado la imposibilidad de que la persona gobierne por sí misma sus asuntos o intereses; 2º) las anomalías orgánicas o funcionales, que determinen la imposibilidad de que la persona se comunique suficientemente con los demás para cuidar de sus asuntos o intereses; 3º) el alcoholismo y la toxicomanía cuando produzcan las consecuencias previstas en los apartados anteriores'.

También el *Proyecto de 1981*, durante la I Legislatura, que tras modificar mediante el artículo 1º los Títulos IX y X del Código Civil, en el artículo 2º proponía la supresión del citado artículo 32,2. Y en el Título IX, presentaba un nuevo artículo 200, con este texto: 'Son causas de incapacitación, siempre que impidan a la persona gobernarse por sí

²²⁹ Mercedes Heredia Puente y Cristóbal Fábrega Ruiz, Fiscales: *Protección legal de incapaces*. 'Colex'. Madrid. 1998, p. 15.

²³⁰ Juan Roca Guillamón: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid. 1991. Tomo I, p. 629.

misma: 1º) la enfermedad y las deficiencias mentales; 2º) las anomalías (deficiencias) orgánicas o funcionales persistentes; 3º) el alcoholismo y la toxicomanía (graves y) habituales'. La *enmienda* número 10, del Grupo Comunista, proponía una nueva redacción del artículo 200, 'técnicamente preferible el referirse a una causa única de incapacitación', con lo que la Ley gana en claridad y se evitan problemas: 'es causa de incapacitación la enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma'. Esta enmienda fue aceptada parcialmente, si bien para nada afectó al texto inicial, que fue aprobado por la Comisión. Y mantenida en el Pleno, defendida por el Diputado Pérez Royo, tampoco mereció ser incorporada al texto de la Ley. También en el Senado, la *enmienda* número 55, del Grupo Mixto, defendida por el senador Portabella i Rafols, que insistía en el mismo texto, fue rechazada por la Ponencia.

Y en el *Proyecto de 1982*, ya en la II Legislatura, se contenía la misma propuesta; por lo que la supresión efectiva del apartado de referencia tuvo lugar definitivamente al ser aprobado dicho Proyecto, mediante la *Ley 13/1983, de 24 de octubre*. Conviene recordar que durante la tramitación de esta Ley, la materia de la incapacitación fue objeto de profundas intervenciones e intensos debates en todas las fases del proceso parlamentario²³¹. La nueva y vigente regulación, contenida en el artículo 200, del Título IX, 'De la incapacitación', es consecuencia de una enmienda transaccional inspirada en las anteriores, y presentada en Comisión por el Grupo Parlamentario Socialista²³² que determina que 'son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma'. Y así pasó al texto definitivo. Para nada se alude ya al alcoholismo y a la toxicomanía, porque en palabras del Ponente Socialista Salvador López Sanz, 'el alcoholismo es una especie del género toxicomanía', y 'la toxicomanía debe entenderse como una enfermedad', por lo que no

²³¹ Ver *Código Civil. (Reformas 1978-1983)*. 'Trabajos Parlamentarios'. Cortes Generales. III, ps. 2.553 y sigs.

²³² Aprobada por la Comisión en sesión celebrada el 11 de mayo de 1983. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior*, nº 27, p. 2.655.

quedan fuera del texto que se adopta para el artículo 199. Consideraba el Diputado Popular García Amigo, que si se entiende efectivamente así, estas palabras deben ser tomadas como base de una interpretación auténtica por la doctrina y para aplicación por el Tribunal Supremo²³³.

El problema de especificar quiénes están sometidos a tutela lo resuelve el artículo 222 al someter a ella a 'los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido'; lo cual es coherente con la nueva regulación de la incapacitación y de la tutela en Títulos separados.

3. Por ello, se entiende que la amplitud y generalidad del artículo 200 permite establecer que los *requisitos* que han de presentarse para la petición de una declaración de incapacidad, son los siguientes: 1º) que exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2º) que sea persistente; y 3º) que impidan a la persona gobernarse por sí misma²³⁴. Lo que se entienda por 'enfermedades' y 'deficiencias'; su origen físico y psíquico, incluso psicofísico (demencia senil, alcoholismo, toxicomanía) y su carácter persistente, está dando motivos a muchísimos trabajos de especialistas en psiquiatría, psicología, medicina legal, gerontología, sociología, etc., que pueden constituir excelentes medios auxiliares para orientar a los jueces y, en general, a los juristas²³⁵.

4. En el *Derecho extranjero*²³⁶, del que se hará una sucinta exposición, son de señalar las particularidades siguientes:

²³³ *Código Civil (Reformas 1978-1983)*. 'Trabajos Parlamentarios'. Cortes Generales, III, ps. 2.759.

²³⁴ Paloma García Lubén: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*. 'Editorial Colex'. Madrid. 1999. ps. 93 y sigs. No hay que perder de vista que, 'si bien toda enfermedad supone una deficiencia, no toda deficiencia es una enfermedad'.

²³⁵ Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado, con la colaboración de Teresa Sol Ordís, Médico forense: *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*. 'Tirant lo Blanch'. Valencia. 2000, ps. 31 y siguientes. También Albácar y Martín-Granizo en la obra antes citada, *Código Civil*, ps. 1.803 y siguientes.

²³⁶ María José Santos Morón: *Incapacitados y derechos de la personalidad. Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. 'Escuela Libre Editorial'. Madrid, 2000, p. 7 y sigs.

Alemania. La *Betreuungsgesetz* de 12 de septiembre de 1990, ha sustituido la tradicional figura de la incapacitación por una institución de protección de la persona (*Entmündigung*); pues la primera no afecta a la capacidad de obrar. La Ley, con bastante frecuencia, exige para la prestación de un consentimiento eficaz, que el sujeto goce de ciertas condiciones de salud mental, omitiendo toda referencia al hecho de que se encuentre o no incapacitado; o sea, que a diferencia de nuestro actual sistema, se atiende al estado de salud mental en que se encuentra el sujeto, y no a su estado civil²³⁷. La finalidad fundamental de esta Ley es reforzar y proteger los derechos y la posición jurídica de los discapacitados psíquicos y físicos, y determinar en qué medida los incapaces por razón de enfermedad o alguna deficiencia psíquica pueden ejercer su autonomía en el ámbito de los derechos de la personalidad, garantizando el respeto a los mismos, y en especial, el ejercicio de su autodeterminación.

Para Brasil el Código Civil²³⁸ distingue en sus artículos 5 y 6, una incapacidad absoluta y otra relativa, aplicando ésta para ciertos actos; y una interdicción a locos de toda clase, sordomudos sin educación que los habilite para expresar con precisión su voluntad, y pródigos.

El Código Civil de Cuba, después de reconocer que la persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento (artículo 28,1), establece una *restricción* de su capacidad para realizar actos jurídicos, 'salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria', a los menores de edad que han cumplido diez años, a los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva *totalmente* de discernimiento, y a los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco (artículo 30). Y *carecen* de capacidad para realizar actos jurídicos los menores de diez años de edad y los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes (artículo 31). No contiene disposición alguna para suplir

²³⁷ Cita Santos Morón la similitud de esta norma con las 'condiciones de madurez' del contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (O.c., p. 7).

la incapacidad de las personas referidas en esos artículos, sino que se remite a la normativa del Código de Familia y a la Ley Procesal (artículo 32)²³⁹.

En el Derecho italiano se distinguen la interdicción (*interdizione*) legal o judicial, que lleva a la *absoluta* incapacidad de obrar; y la inhabilitación (*inabilitazione*), que produce una incapacidad de obrar *relativa*.

La legislación de Nicaragua incide en la misma confusión de nuestro Código, al considerar bajo el mismo prisma a los locos, los imbéciles y los dementes. Así lo dispone el artículo 330,2 del Código Civil de 1904, para el cual el artículo siguiente declara dementes a los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía o locura, demencia o imbecilidad, aunque tengan lúcidos intervalos o la manía sea parcial.

En Paraguay, el artículo 37 del Código Civil dispone también una incapacidad de hecho *absoluta* para enfermos mentales y sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios, y otra *relativa*; y en el artículo 89 se decreta la inhabilitación judicial para quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes u otros impedimentos psico-físicos, no sean aptos para cuidar de su persona o administrar sus bienes. Y por virtud de lo dispuesto en el artículo 266, se nombrará judicialmente curador para las personas interdictas o inhabilitadas; aplicándose a la curatela las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela.

En el Derecho suizo, junto al concepto de 'capacidad de obrar' (*Handlungsfähigkeit*) existe el de 'capacidad de discernimiento' (*Urteilsfähigkeit*, o *capacité de discernement* en la terminología francesa).

²³⁸ Código Civil, Lei 3.071, con vigencia a partir de 1 de enero de 1916. 'Editorial Saraiva', Sao Paulo, 1996.

²³⁹ Ley No. 59. Código Civil., modificado por el Decreto-Ley No. 140, de 13 de agosto de 1993. 'Jurídica'. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1994.

Se reconoce expresamente en el artículo 19 del ZGB la posibilidad de que los menores de edad y los incapacitados posean dicha capacidad de discernimiento con el fin de permitirles realizar eficazmente ciertos actos jurídicos: se trata, en realidad, de una situación de ‘incapacidad limitada’ (*beschränkte Handlungsfähigkeit*) que ya conocemos hoy en nuestro Derecho. Esta capacidad de discernimiento es, en principio, indeterminada, pues debe ser precisada por el Juez en cada caso concreto; y encierra un concepto *relativo*, ya que se presume, pues la falta de esta facultad debe ser probada por quien la invoque. En cualquier caso, si el Juez alberga alguna duda sobre la capacidad de discernimiento del sujeto en cuestión, puede solicitar el dictamen de un especialista, si bien no queda vinculado por él. Con todo, el mismo artículo 19 exige el consentimiento de su representante legal para que los menores y los interdictos capaces de discernimiento puedan obligarse, excepto para adquirir a título gratuito o ejercitar los derechos estrictamente personales; y se les hace responsables de los daños causados por sus actos ilícitos.

La Ley japonesa 149/1999, de 8 de diciembre, para empezar a regir el 1 de abril de 2000, ha reformado en profundidad las materias de capacidad de obrar, la tutela y la curatela; y ha introducido como una gran novedad la figura de la ‘*asistencia*’, intermedia entre las dos últimas. Actualmente, tanto la tutela como la curatela y, de modo especial, la asistencia, pueden ser instadas por el que aparece indistintamente considerado como ‘propio’ enajenado, tutelado, interesado y, en relación con la última, sujeto o asistido. Se tiene especial consideración a ‘la voluntad del tutelado’, a quien se puede nombrar un protutor si es mayor de edad; y se reconoce al mismo incapaz el control y la facultad de pedir la anulación de lo actuado a fin de reintegrarle a la capacidad²⁴⁰.

5. Las múltiples situaciones de riesgo que causan las enfermedades que hemos visto al comienzo de este trabajo harán necesario un esfuerzo

²⁴⁰ Hayashi Nobuo y Rafael Domingo: *Código civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas*. Marcial Pons. Madrid, 2000.

conjunto de las variadas disciplinas para su correcta *clasificación*. Muchas de esas enfermedades o anomalías tienen unas causas y producen unos efectos que los tratadistas clasifican así: a/ *psíquicas*, calificadas con criterios psico-patológico o cronológico o jurídico; b/ *físicas*, que por sí solas no producen incapacidad; y c/ *psicofísicas*, como la demencia senil, el alcoholismo o la toxicomanía.

En el profundo y detallado estudio que sobre esta materia han realizado el Magistrado Ignacio Sánchez Gargallo y la Médico forense Teresa Sol Ordís, se contiene una detallada relación y clasificación de las diversas causas que pueden dar origen a una incapacitación, total o parcial. Estudian las siguientes:

1). Deficiencias mentales u oligofrenias. Son los trastornos intelectuales *congénitos* o tempranamente adquiridos. Se distinguen cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual: leve o ligero (coeficiente intelectual entre 50-55 y 70); moderado o medio (entre 35-40 y 50-55); grave o severo (entre 20-25 y 35-40); y profundo (inferior a 20-25). Afectan, sobre todo, a la capacidad de abstracción y comprensión; por regla general, los afectados por ellas tienen poca memoria, una personalidad primaria, poco estructurada, y tendencia a reacciones impulsivas. Su valoración se precisa en función de las exigencias del paciente, ya en orden a su persona, ya en relación con su patrimonio.

2). Demencias. Son aquellas deficiencias intelectuales *adquiridas*. Presentan un debilitamiento psíquico profundo, global y progresivo, que altera las funciones intelectuales básicas. Manifiestan amnesia o pérdida de memoria respecto a hechos recientes o anteriores; pérdida de juicio crítico, deshibición; el pensamiento se empobrece; fácil paso de la alegría a la tristeza o a la irritabilidad; incontinencia afectiva y, a veces, indiferencia y abulia. Se hace imposible la recuperación o rehabilitación de la capacidad. Las principales enfermedades que pueden producir síndromes demenciales, son: a) degenerativas con disfunción motora asociada:

enfermedad de Parkinson, la de Huntington; b) degenerativas primarias con afectación cortical: el Alzheimer y la enfermedad de Pick; c) por trastornos vasculares: demencias multiinfarto, enfermedad de Bingswanger; d) por lesiones ocupantes de espacio intercraneal: aneurismas, neoplasias primarias; e) traumatismo cráneo-encefálico; f) infecciones: meningitis, la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob; g) fracaso hepático, renal o pulmonar: enfermedad de Piaget, la de Addison; h) alcohol, metales pesados, monóxido de carbono, litio, antidepresivos; i) otras: epilepsia, esclerosis múltiple.

3). Trastornos mentales o esquizofrénicos: queda alterada de manera progresiva y profunda la personalidad del individuo, de modo que se va rompiendo la comunicación con el mundo exterior, para perderse en un mundo interior, hermético. Hay cierta predisposición genética. Muestran un conjunto de trastornos en los que domina la discordancia, la incoherencia ideo-verbal, las ambivalencias, el autismo, que acaban conduciendo hacia un déficit y una disociación de la personalidad. Se manifiestan síntomas como: a) trastornos perceptivos: alucinaciones generalmente acústicas ('oyen voces'); b) trastornos del curso del pensamiento: fuga de ideas, o del contenido del mismo: manías persecutoria y de grandeza; c) trastornos de afectividad: frialdad, incontinencia afectiva; d) trastornos psicomotores: agitación psicomotriz, estupor catatónico.

4). Trastornos delirantes o paranoia, trastorno bipolar, depresión mayor.

5). Trastornos de la conducta alimentaria: anorexia nerviosa, bulimia nerviosa.

6). Deficiencias orgánicas y funcionales: a) la *ceguera*, sólo en el caso de que vaya asociada a otro trastorno o a una ausencia de habilitación personal que impida al paciente conocer la realidad y tomar decisiones; b) la *sordomudez*, que en algunos casos puede determinar

falta de capacidad para autogobernarse; c) la *afasia*, si quien la sufre no se puede expresar por escrito ni por otro medio que le lleve a la imposibilidad de manifestar su voluntad y ejercer su libertad; d) la *agnosia*, pues las dificultades de comprensión hacen imposible el autogobierno; y e) muchos casos de *parálisis* que aislan al individuo, le impiden tomar contacto con el exterior, y por ello la capacidad de conocer y de querer, dando lugar a una posible incapacitación.

Otros autores tratan de definir alguno de los conceptos frecuentemente empleados respecto a estos enfermos. Así, Masa Vázquez²⁴¹, define el 'retraso mental' como una condición que se origina durante el desarrollo e interfiere con los procesos de aprendizaje. Las enfermedades mentales, las demencias, en general, se originan más tarde: el individuo ya ha adquirido las capacidades de expresión más elementales. Según el mismo, un individuo es deficiente mental cuando es incapaz de adaptarse a su ambiente en razón de su limitada inteligencia.

Actualiza este autor la antigua y clásica distinción entre idiotas, imbéciles y débiles mentales para hablar de subnormal severo y débil subnormal; y recoge la escala de Gunzburg (1973) en los cinco grados de 'retrasado' siguientes: 1) *bordeline*, con un coeficiente mental de 70/80%; 2) ligero, entre 55 y 70; 3) moderado, entre 40 y 54; 4) severo, entre 25 y 39; y 5) profundo, menos de 25.

En todo caso, siempre será necesario el examen del presunto incapaz que debe realizar el Juez, quien oirá el preceptivo dictamen de un facultativo (Cc 208 y LEC 759), analizará la realidad y el alcance de las causas invocadas, y decidirá en la sentencia la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o curatela que proceda.

C/ La incapacitación voluntaria.

1. Hasta ahora venimos considerando un proceso de incapacitación que se caracteriza por su naturaleza *contenciosa*: juicio declarativo, juicio sumario, etc., en el cual si bien la legitimación activa es muy amplia, según los casos, por regla general no se acaba de plantear, pese a todo, una verdadera ‘contienda judicial entre partes’, como precisa LEC 248,1 para los procesos declarativos. Pero sí puede resultar una declaración de incapacidad en virtud de una petición realizada por ciertas personas, que acaba con la capacidad que hasta entonces ejercía el demandado, que se verá sometido a tutela o a curatela. Ahora se trata de que el procedimiento de incapacitación pueda ser incoado por el propio presunto incapaz. Incapacitación voluntaria es, pues, aquella que es promovida por una persona para que se la declare incapaz.

No cabe esta posibilidad en tanto se sostenga que dicho proceso debe seguir los trámites de los juicios contenciosos, por muchas especialidades que se les reconozca. Es impensable que la misma persona que se trata de incapacitar promueva un expediente contra sí misma, ya que, como hemos visto, el presunto incapaz siempre es el demandado en el procedimiento contencioso. Y aunque no nos hallemos en presencia de las partes de una relación jurídica que genere derechos subjetivos²⁴², al no existir intereses materiales contradictorios, sí existe una situación jurídica peculiar de partes procesales en la circunstancia formal de la titularidad activa o pasiva de una pretensión²⁴³.

²⁴¹ Cándido Masa Vázquez: *Introducción al concepto de retraso mental*. En el estudio *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, p. 277.

²⁴² Juan Montero Aroca y otros: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. ‘Tirant lo Blanch’, Valencia, 2000, p. 797.

²⁴³ Jaime Guasp: O.c. en nota 180, p. 415.

Pudiera pensarse que aquí existiría una ‘confusión’ de las dos partes, similar a la que puede darse en una relación jurídica civil bilateral, como por ejemplo, el contrato, en donde acreedor y deudor sostienen posiciones diametralmente opuestas, por lo que la reunión de una y otra posición en la misma persona produce la extinción de la obligación. Nadie puede ser deudor de sí mismo (Cc 1.192). Otra cosa conduciría al absurdo de hacer posible, una vez trasladadas las pretensiones al terreno judicial, que la posición procesal del demandante y del demandado, en un juicio declarativo, contencioso, coincidiesen en la misma persona.

2. Pero es que el juicio de incapacitación no es, como hemos visto, un modelo de juicio declarativo rigurosamente puro, ya que, para alcanzar su objetivo, hay que agregarle elementos que desnaturalizan o, por lo menos, ponen en duda un genuino carácter contencioso²⁴⁴. No se entiende bien por qué tiene que ser *demandado* quién va a ser incapacitado por tener una capacidad claudicante. ¿Qué se le reclama? Tampoco está claramente justificada la existencia de la ‘contienda judicial’, que exige el artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueda plantearse entre el presunto incapaz, demandado, y las personas que pueden promover el proceso de declaración, muchas veces ligadas con él por profundos lazos familiares o afectivos ¿Acaso con el Ministerio Fiscal, que es *demandante* cuando lo promueve (Cc 203 y LEC 757,2), y es defensor del *demandado* cuando no lo promueve? (Cc 207) Tampoco es fácil comprender por qué hay que *demandar* a un incapaz deficiente mental congénito, cuando debería ser suficiente el examen del Juez y la falta de oposición, en especial, la del Ministerio Fiscal. En parecidos términos se pronunciaba el Notario Rafael Leña²⁴⁵ cuando abogaba por la regulación de un

²⁴⁴ Lucía García García: *Marco jurídico de la enfermedad...*, obra antes citada en nota 186, p. 60. Tras la afirmación de que la normativa vigente rechaza la incapacitación voluntaria, reconoce que estos procedimientos tienen unas características especiales que los diferencian notoriamente de los demás procesos civiles a causa del interés público que está presente en ellos.

²⁴⁵ Seminario celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, para la formación de Magistrados y Notarios, en 1999, en el cual ya se planteaba ‘la humanización del proceso de incapacitación’; según reseña en *Escritura Pública*, Consejo Superior del Notariado, Madrid, nº 1, Enero-Febrero 2000, p. 16.

procedimiento especial de incapacitación para los enfermos cíclicos y los discapacitados límite, 'para los que es poco recomendable el procedimiento de menor cuantía en que el enfermo es el demandado'.

La posibilidad de llevar estos procesos al dominio de la jurisdicción voluntaria no supone una audaz e irresponsable pretensión, vistas las particularidades de los mismos en relación con los demás procesos declarativos. El tema de la atribución de las cuestiones de incapacitación a la jurisdicción voluntaria o a la contenciosa, dice el Profesor Fernández López, no es materia obsoleta, ni carente de interés; y de seguro, volverá a plantearse doctrinalmente. En la tramitación del que venimos llamando *Segundo Proyecto*, ya el Diputado Pillado Montero presentó una enmienda a la Disposición Adicional, la número 101, que proponía una nueva redacción de la misma, para que el proceso de incapacitación se tramitara por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria, dadas las amplias facultades que se conceden al Juez, especialmente en los casos de subnormales profundos, patentes a simple vista; por lo que consideraba exagerado tener que acudir a un procedimiento contencioso; pero si se hiciere oposición, el contencioso seguiría los cauces del juicio de menor cuantía. Fue "provisionalmente rechazada" en el trámite de Ponencia, y 'definitivamente no aceptada' en Comisión, pese a la razonada y brillante defensa que hizo de la misma. Su rechazo fue justificado por el Diputado Socialista López Sanz, por entender que, en base al artículo 17 de nuestra Constitución, cuando se trata de privar de la capacidad de obrar a una persona, como es la que se produce con la incapacitación, parece mucho más razonable que no sea una resolución judicial, así, sin más, sino que sea, concretamente, una sentencia en el proceso correspondiente²⁴⁶. Tratando de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24,2 de nuestra Constitución, dice José Pedro Pérez-Llorca²⁴⁷ que el proceso y el procedimiento, al margen de ciertos defectos concretos, son, más que trámites, *garantías*, y el

²⁴⁶ En los citados 'Trabajos Parlamentarios', III, ps. 2.653 y 2.723.

²⁴⁷ José Pedro Pérez-Llorca, ponente de la Comisión redactora: *La Constitución Española vista por un Abogado*. En la obra colectiva '20 años después. La Constitución cara al siglo XXI'. 'Taurus', Madrid, 1998, p.136.

cumplimiento de las normas que los regulan resulta una exigencia necesaria para la correcta Administración de Justicia.

A favor de integrar la declaración de incapacidad dentro de la jurisdicción *voluntaria* juegan una larga tradición histórica proveniente del Derecho común, y la ausencia, al menos teórica, de contraposición de intereses entre quien solicita la incapacitación y el presunto incapaz. En nuestra doctrina, hay una posición minoritaria que sostenía que los expedientes para la declaración de incapacidad de locos y sordomudos pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria, y en caso de oposición de alguno de los interesados, se continuará la tramitación por el procedimiento de los incidentes²⁴⁸.

Y a favor de que la incapacitación se decida en juicio *contencioso* puede argüirse como hemos visto la gravedad de la decisión que incapacita, anula o restringe el ejercicio de importantísimos derechos civiles²⁴⁹, y afecta al fundamental derecho de defensa, protegido por la Constitución (artículo 24, 2). También la doctrina procesalista más numerosa se inclina por el carácter contencioso de dicho proceso. Por otra parte, queda dicho más arriba que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se había minimizado la declaración de incapacidad hasta el punto de que tal 'requisito' se entendía cumplido como una formalidad más de las que debían observarse en el expediente de jurisdicción voluntaria cuya finalidad primordial era el nombramiento de curador.

Vigente el Libro III 'Jurisdicción Voluntaria', de la LEC 1881, por la excepción 1,1ª de la Disposición Derogatoria Única de la LEC 1/2000, 'hasta la vigencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria', cobra relieve el artículo 1.811 de aquella: 'Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas'. Y asimismo el artículo 1.817: 'Si a la solicitud promovida

²⁴⁸ *Jornadas de Derecho Procesal*. 'Consejo General del Poder Judicial'. Madrid, 1984, p. 47.

se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía'. Uno y otro artículo tienen vigencia, pues, hasta que la materia sea regulada por una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, si bien las referencias se entienden hechas al juicio verbal.

Quedan vigentes, también, las normas sobre nombramiento de tutores y curadores, así como las actuaciones que se practican en relación con la persona o los bienes del ausente, que se tramitarán por las normas de la jurisdicción voluntaria (Disposición Adicional de la Ley 13/1983, y artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Y si se hiciere oposición al nombramiento de tutor hecho por los padres, se discutirá y decidirá por los trámites de los incidentes entre el que la promueva y el tutor nombrado (LEC 1.839 y 1.843). De modo que aquí también la oposición ocasiona el tránsito a un procedimiento contencioso como el de los incidentes, de que se ocupa el Título III del Libro II, que trata de la Jurisdicción contenciosa.

¿Hay razones jurídicas, procesales o de fondo, que impidan que un mismo procedimiento judicial, con las particularidades pertinentes, regule las solicitudes de declaración de incapacidad y de constitución de tutela'?

3. Varias veces se ha hecho referencia al *Anteproyecto* de la FGM y el SEREM, de 1977, que rompió estrechos moldes para abrirse a una nueva reglamentación de la incapacitación y de la tutela. Y entre estas innovaciones, proponía un Capítulo II, 'De la *incapacitación voluntaria*' dentro del nuevo Título IX: 'De la incapacitación'. El artículo 211 decía: '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

²⁴⁹ Miguel Angel Fernández López: *Derecho Procesal Civil*, citado en nota 179, p. 209.

senilidad o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses'. En lo demás, según el artículo 212, se aplicarían las otras disposiciones del propio Título IX. Es cuestión aparte, pero que debe ser señalada, la eventual dificultad a la hora de identificar a quienes se podría reconocer la posibilidad de pedir su incapacitación por tratarse de ebrios, toxicómanos, o sufrir los efectos de la senilidad o de su inexperiencia. El Juez, una vez más, decidiría en cada caso lo más conveniente.

Curiosamente, en el mismo Anteproyecto se inserta un posible artículo 204, conforme al cual 'la declaración de incapacitación podrá hacerse en *juicio sumario u ordinario*, a elección del juez, oídas las partes interesadas y el Ministerio Fiscal, que intervendrá siempre en el procedimiento aunque no haya sido promotor del mismo'. Acaso esta propuesta de norma resulte de una especial inercia debida a la ambigüedad que hemos visto estaba presente en esta materia. Con todo, coordinar este artículo, que propone un procedimiento contencioso en que el presunto incapaz es el demandado, con la posibilidad de que sea él mismo el demandante, no es fácil de entender.

El *Primer Proyecto de 1981* si bien recogía la regulación por separado 'de la incapacitación' (Título IX) por una parte, y la tutela y guarda de los menores o incapacitados (Título X) de otra, no contiene, sin embargo, precepto alguno como el del artículo 211 del *Anteproyecto*, y se limita en el artículo 202 a enunciar las personas que pueden promover el procedimiento, entre los cuales no se cita al incapacitando o presunto incapaz. Se presentó por el Grupo Comunista la *enmienda* número 11 que proponía añadir al citado artículo 202 el siguiente párrafo: 'También podrá promover una persona su propia incapacidad'; pero en trámite de Ponencia fue rechazada 'porque la petición del interesado podría no ser enteramente deliberada y libre'²⁵⁰.

²⁵⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. 30 de abril de 1982, p. 2.362*

Presentado por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados un nuevo *Segundo Proyecto de 1982*, tampoco se encuentra en él disposición alguna sobre la incapacitación voluntaria. Pero, una vez más, se intenta introducirla por vía de la *enmienda* número 9, del Grupo Mixto, con la siguiente adición al artículo 202: ‘También podrá promover una persona su propia incapacidad’, exactamente igual a la del anterior Proyecto, por entender que no debe haber obstáculo a que una persona inste su propia incapacidad. Igualmente fue desestimada ya en Ponencia, y defendida nuevamente en Comisión, fue rechazada porque, en opinión del Grupo Socialista, una persona puede promover su propia incapacitación en base al artículo 204 del mismo Código²⁵¹: respuesta que plantea una evidente confusión entre quienes pueden *promover* (Cc 202 y 203) el procedimiento, y ‘cualquier persona’ que puede *poner en conocimiento* (Cc 204) del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación. Y así terminó, por el momento, esta original iniciativa de incorporar a nuestro Derecho positivo la ‘incapacitación voluntaria’. En cambio, tuvo mejor suerte la posibilidad de que sea el propio incapaz quien, sobrevenidas nuevas circunstancias, inste judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. Se reconoce aquí una vez más la revisibilidad de la sentencia estimatoria.

Cuanto queda dicho es aplicable a toda causa de incapacitación (Cc 200) de la que pueda resultar una sujeción a tutela (Cc 222) o a curatela (Cc 286).

Una reciente Tesis Doctoral²⁵² contempla tanto la incapacitación voluntaria como la autotutela, que rechaza ambas por la normativa vigente, al estudiar el papel de la autonomía de la voluntad del propio interesado en la designación tutelar; y aborda el problema del internamiento al que se refieren los artículos 211 del Código y 760,1 y 763 de la Ley procesal.

²⁵¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Nº 27. 18 de mayo de 1983, p. 2.658.*

Hay una aproximación al Derecho germánico en el Código civil japonés de 16 de julio de 1898, que tras varias revisiones, entre ellas en 22 de diciembre de 1947 y la llevada a cabo por la Ley 149/1999, de 8 de diciembre, ha reformado en profundidad las materias de la capacidad de obrar, la tutela y la curatela, y ha introducido como gran novedad la figura de la ‘asistencia’, intermedia entre las dos últimas, según hemos visto anteriormente. La tutela, la curatela y la asistencia pueden ser declaradas en virtud de un procedimiento para cuyo inicio está legitimado el *propio enajenado* (artículos 7 y siguientes), a quien se hace referencia también con las equivalentes expresiones de ‘interesado’, ‘tutelado’, ‘asistido’... el cual puede, asimismo, solicitar el nombramiento de un ‘protutor de mayores’, controlar el ejercicio y la actuación de tutor, protutor y asistente; así como pedir la anulación de los nombramientos y de la propia institución tutelar²⁵³.

4. Hemos visto cómo el procedimiento para incapacitar se rige por las normas del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en tanto los asuntos de tutela y curatela, ausencia y otros, se sustancian siguiendo los trámites de la jurisdicción voluntaria. Ello no obstante, la práctica judicial presenta numerosos casos en los que los primeros, contenciosos, se resuelven de modo pacífico, como si no hubiera contienda judicial alguna; en tanto otras veces los procesos tutelares, a la menor oposición, abocan al contencioso (LEC de 1881, artículo 1.817). No parece que haya razón alguna fundada para esta discriminación procedimental en asuntos de familia, como los que nos ocupan. Falta saber qué inconveniente existe para que uno y otro procedimiento se rijan por normas parecidas, como ya hemos dicho, cuando no comunes, de jurisdicción voluntaria, si bien con las particularidades de cada caso, y, planteada la menor causa de oposición, dar traslado del expediente a la contenciosa. La lógica jurídica

²⁵² Lucía García García: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Tesis Doctoral. ‘Editorial Revista General de Derecho’. Valencia, 2000, p. 108.

sufriría así mucho menos que con la actual regulación de la incapacitación dentro de los juicios ordinarios, pero con salvedades y excepciones. De este modo, claro es que la incapacitación voluntaria sería posible, ya que nunca el demandante, presunto incapaz, sería, a la vez, demandado. Una expresa posición contraria es adoptada por Lledó Yagüe²⁵⁴ cuando afirma que el demandado, en los procesos de incapacitación, nunca podrá ser demandante.

Aunque hoy, *de lege data* y tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya no cabe la posibilidad de que el procedimiento de incapacitación se regule 'de otra manera', supuesto que había previsto la Disposición Adicional de la Ley 13/1983. Hay que tener presente que la citada Disposición Adicional Unica permanece vigente hasta que entre en vigor la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

No obstante, acaso no se pecaría de heterodoxia procesal someter a un detenido estudio la posibilidad de que, al menos el proceso de la *incapacitación voluntaria* se sometiese, como la tutela y la curatela, a las normas de esta misma jurisdicción. Procesalmente, y civilmente acaso también, la incapacitación voluntaria está más próxima a la institución de la tutela y la curatela que a la incapacitación solicitada por cualquiera de las personas citadas en los artículos 202 del Código Civil y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se tiene que 'demandar' al presunto incapaz. En aquélla no hay ni, normalmente, se suscita 'contienda judicial entre partes' (LEC 248,1); y si se produjere, la cuestión se traslada a la sede de la jurisdicción contenciosa. Y, sin merma, por supuesto, de las más elementales garantías que brinda la jurisdicción contenciosa, la declaración de incapacitación debe ser ventilada en un procedimiento flexible, ágil, rápido y sencillo; es decir, de jurisdicción voluntaria.

²⁵³ Rafael Domingo y Nobuo Hayashi: *Código civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas*. Marcial Pons, Madrid, 2000.

²⁵⁴ Francisco Lledó Yagüe, Director: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 'Dykinson'. Madrid, 2000, p. 700.

Fue una ocasión no aprovechada por la nueva Ley 1/2000, que al fin no consideró oportuno disponer 'de otra manera' la regulación de los procedimientos de incapacitación y de prodigalidad. Pero acaso no sea ilusorio esperar a que *de lege ferenda*, la anunciada y próxima Ley de Jurisdicción Voluntaria acometa esta reforma y, de una vez para siempre, decida que, al menos la incapacitación voluntaria, sea tramitada por el mismo procedimiento de otros procesos de familia no contenciosos. Así se evitaría la aberración procesal, a nuestro juicio, de que el propio 'demandante' solicitante tenga que figurar procesalmente como 'demandado'.

5. Pero creemos que en tanto no se promulgue la anunciada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, que previene la Disposición Derogatoria Unica, 1, 1º, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, todavía cabe albergar alguna esperanza de que, llegado ese momento, los procesos de incapacitación se tramiten por un procedimiento especial, si bien no encajado del todo en la jurisdicción voluntaria, sí al menos más afín a ésta que a la contenciosa.

No hay duda, con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano, de que estos 'procesos especiales', por estar regulados en el Libro IV, lejos de los juicios declarativos, ordinario y verbal, del Libro II, pertenecen a una categoría que difiere de aquéllos. Sería conveniente analizar las causas de tal 'especialidad'.

La legislación anterior no estaba nada clara en esta materia, por lo que ya hemos visto que se suscitaron dudas acerca de la naturaleza de este proceso. Dudas que, pese a todo, no fueron desvanecidas por la nueva Ley Procesal, pese a sus buenos propósitos y a los postulados de que parte, si hemos de creer a su Exposición de Motivos. El único punto en que están de acuerdo todos los comentaristas, partidarios unos de atribuir

a este proceso un carácter voluntario²⁵⁵, otros que lo consideran contencioso²⁵⁶, es la necesidad de que su regulación, sea una u otra, debe estar revestido de las máximas *garantías*, en cuanto es susceptible de privar al sujeto de su atributo más esencial, que es la capacidad de obrar, y debe hacerse de forma rápida, cuyo resultado ha de obtenerse a la mayor *brevedad* posible, tanto para proteger a quien puede ser declarado incapaz, con mayor o menor extensión, como a los derechos de terceras personas que contraten con él, evitando así que un retraso en la incapacitación pueda originar perjuicios irreparables²⁵⁷.

Aun a riesgo de pecar de reiterativo, parece muy posible y aun muy probable que en un tiempo no muy lejano tengamos una declaración judicial de la incapacidad sin necesidad de acudir a un procedimiento tan largo y complicado como el que supone seguir por la vía contenciosa.

²⁵⁵ Pérez Gordo: *El juicio de incapacitación de las personas físicas*. 'Revista de Derecho Procesal', nº 4, ps. 723 y sigs.

²⁵⁶ Albácar y Martín Granizo: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I (2), p. 1.823 y sigs.

²⁵⁷ Serra Domínguez: *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio sumario de incapacitación*. 'Justicia', 1982, nº II, ps. 37 y sigs.

- V -

La ordenación de la propia tutela o autodelación de la tutela.

A/ En este trabajo partimos del supuesto y de la convicción de que todo ser humano, en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad, tiene derecho a prever y a prevenir estas cuestiones y a intentar solucionarlas de antemano; y, a tales fines, dictar y ordenar pautas de conducta para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro más o menos próximo ya no pueda hacerlo por sí, por haber sido declarado incapaz. El hombre es un ser capaz de construir su propia vida. Incluso, según Ramón y Cajal, puede ser escultor de su propio cerebro.

La opinión mayoritaria es coincidente con el parecer del Notario José María Cabrera Hernández, al afirmar que el problema es el de la 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 muy disminuidas. Es, añade, 'el problema de un *Alzheimer* incipiente diagnosticado a un individuo, y 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 del cuidado de los bienes, el de la propia persona enferma²⁵⁸. 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. Para ello, dice Juan Bolás, precisamente los juristas han elaborado las tesis de la 'autotutela' o la del 'poder irrevocable'. El proyecto de lo que se llama 'Patrimonio Especialmente Protegido' supone un tímido avance en la materia, insuficiente en todo caso, aunque pueda resolver algún problema.

Se pregunta el Profesor Seoane²⁵⁹: ¿somos todos iguales para el Derecho? ¿disponen las personas con trastornos mentales de los mismos instrumentos jurídicos para la formación y el desarrollo de la persona y de su identidad? Cualquier intervención, y no sólo las jurídicas, relativa a estas personas, debe ser ampliamente justificada, y respetar la dignidad²⁶⁰, la libertad²⁶¹, la igualdad²⁶² y la protección.

B/ La cuestión terminológica.

Tradicionalmente, se denomina *delación* de la tutela al acto de llamar a las personas que van a desempeñar algún cargo en la misma. Así, dice Espín Cánovas²⁶³ que 'la delación es el llamamiento a ejercer los cargos tutelares'. Para el Profesor Lete del Río²⁶⁴ 'se llama delación de la tutela al llamamiento efectivo de una persona para el cargo de tutor'. La delación de la tutela es, pues, el efectivo llamamiento a determinadas

²⁵⁸ José M^a Cabrera Hernández: *La modificación del nº 3 del artículo 1.732 del Código civil*. 'Revista Jurídica del Notariado', nº 24, octubre-diciembre/1997, p. 101.

²⁵⁹ José Antonio Seoane Rodríguez y otros colaboradores: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. A Coruña, Fundación Paideia, 1999, p. 65.

²⁶⁰ 'Toda persona es merecedora de consideración y respeto'. Kant: *Fundamento de la Metafísica de la costumbre*. Ariel, Barcelona, 1996, p. 199.

²⁶¹ 'Cada ser humano es el protagonista de su propia vida y, en cierto aspecto, configurador de su modo de ser'. Aristóteles: *Moral a Nicomaco*, Colección Austral, nº 318, III, 5-1113b y 1114b.

²⁶² Artº 14 de la Constitución Española: 'Los españoles son iguales ante la ley...'

²⁶³ Diego Espín Cánovas: *Derecho civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, IV, p. 48.

²⁶⁴ José M. Lete del Río, *Nombramiento de tutor*, en 'Actualidad civil', nº 16, 1999-2, p. 403.

personas para ocupar sus cargos en el organismo tutelar. Y en atención a ello y a la circunstancia de que se trata de nombrar tutor *para uno mismo*, este nombramiento se viene llamando generalmente *autotutela*²⁶⁵. Para el Profesor Castán Vázquez esta expresión es ‘ciertamente inexacta’.

En su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Diego María Crehuet hablaba de *La Tutela Fiduciaria*²⁶⁶, que tal fue el título que dio a su Discurso.

Sánchez Torres la denomina *autotutela*, y añade: ‘valga este nuevo vocablo’²⁶⁷; que también aceptan, entre otros, Rodríguez Arias²⁶⁸, Badosa Coll²⁶⁹, Ana-Victoria García Granero²⁷⁰ y el Profesor Pérez de Vargas. En el mismo sentido, Pérez Sauquillo²⁷¹, que acepta el vocablo pero no la institución, porque no la considera admisible en nuestro Derecho.

Para el Profesor García Amigo es oportuno distinguir entre ‘autoincapacitación’, ‘autotutela’ y *autodelación de la tutela*, prefiriendo esta 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 parece ser la opinión de Juan José Rivas Martínez²⁷². que encuentra acertada esta expresión, para denominar a la

²⁶⁵ La voz *autotutela* no aparece en el ‘Diccionario *TRIVIUM*’ de Derecho y Economía, Madrid, 1998.

²⁶⁶ Diego M^a Crehuet del Amo: *La Tutela Fiduciaria*. Discurso de ingreso, 23 de mayo de 1921.

²⁶⁷ Eloy Sánchez Torres, Notario y Abogado del Estado: *Una nueva modalidad tutelar*, en ‘Revista Crítica de Derecho Inmobiliario’, 1928, p. 345.

²⁶⁸ Lino Rodríguez-Arias Bustamante: *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954, p. 118.

²⁶⁹ Ferrán Badosa Coll: *La autotutela*, en ‘Libro Homenaje a José Luis Lacruz Berdejo’, Bosch, 1993, II, p. 903.

²⁷⁰ Ana-Victoria García-Granero Colomer: *La autotutela en el Derecho común español*, en ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, enero/1998, ps. 199-251.

²⁷¹ Marcos Pérez Sauquillo, Notario de Sepúlveda: *Reflexiones sobre la reforma de tutela llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983*, en ‘Revista de Derecho Notarial’, CXXIII, enero-marzo/1984, ps. 441 y sigs.

²⁷² J.J. Rivas Martínez, Notario de Madrid y Registrador de la Propiedad: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, en ‘Ponencias presentadas por el Notariado

nueva figura, *tutela autodeferida*, que nos proponemos estudiar; pero no acaba de precisar bien los términos de la misma. Distingue, en efecto, entre quién nombra tutor y quién es nombrado para tal cargo, atribuyendo tal nombramiento a la misma persona que va a ser sometido a ella.

Pero 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 *autoregulación de la tutela*. Aunque, como tendremos ocasión de estudiar más adelante, sería 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.

Nos hallamos ante una nueva figura o, si se quiere, una nueva modalidad de la tutela. Y como dice Lázaro Carreter²⁷³, ‘cuando un objeto nuevo o un concepto inédito se incorporan a la vida común, hay que darles nombre, tomándolo si es preciso de otras lenguas’. Y añade: asistimos a un apogeo de vitalidad del formante griego *autos-* = ‘mismo’, que se prefija a un número creciente de palabras, y cuya expansión comenzó en las lenguas europeas durante el siglo XVIII con el griego *autócrata* = ‘quien gobierna por sí mismo’, y llega a España con Larra, en 1835. Y aprovecha la ocasión para denunciar el abuso del prefijo, en casos como, por ejemplo, *autosuicidio*.

C/ Concepto.

Parece indudable que fue Crehuet quien primero se planteó en España la posibilidad de que una persona organice su tutela en previsión

español a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana’, Veracruz, México, 1998, Tema III, p. 224.

²⁷³ Fernando Lázaro Carreter: *El dardo en la palabra*. ‘Galaxia Gutenberg’, Barcelona, 1977, p. 138.

de su futura incapacidad. Y definió lo que él llamaba *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'²⁷⁴. Es, pues, la designación de un tutor para sí mismo, hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz. O, como dice García-Granero Colomer²⁷⁵, es la 'facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente'. Dávila Huertas la define como 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 o 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 dicho acto²⁷⁶. Más o menos la doctrina es mayoritaria y casi coincidente con estas definiciones descriptivas²⁷⁷.

Garrido Melero²⁷⁸, al estudiar la autotutela en la ley nueva catalana, la define como 'la posibilidad de que cualquier persona, en previsión del caso de que pueda ser declarada incapaz, pueda nombrar en escritura pública los organismos tutelares que estime oportuno, así como excluir a determinadas personas de dichos cargos'.

Esta formulación es generalmente admitida, pues en buena lógica comprende todos los elementos de lo que ha de ser definido: 'guarda de la persona y bienes', o sea, *tutela* (género próximo), y 'hecha por uno mismo' (última diferencia). Por eso el Profesor Badosa²⁷⁹ resume que 'con la

²⁷⁴ Crehuet, en O.c. en nota 266 anterior, p. 9.

²⁷⁵ Ana-Victoria García-Granero Colomer: *La autotutela...*, en el 'Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada', ene/1998, p. 200, citada en nota anterior 270.

²⁷⁶ Emelina Dávila Huertas: *Autotutela. Estudio*. 'Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado', nº 227, abril/2000, p. 1.311.

²⁷⁷ Entre otras, las más recientes de Miguel-Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado'. Nº 34, abril-junio/2000, p. 23. La de Lucía García García: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación y tutela*. Tesis Doctoral. Valencia, 2000. Y el trabajo del Notario de Málaga J.V. Castillo Tamarit: *Tutela, Autotutela, Protección de menores*, en la 'Revista Jurídica del Notariado', Madrid, nº 39, jul.-sept./2001, ps. 39 y sigs.

²⁷⁸ Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona: *La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad del padre y la madre, y la tutela en Cataluña*, en 'La Notaría', Col.legi de Notaris de Barcelona, 1997, p. 21.

²⁷⁹ Ferrán Badosa Coll, en su estudio citado en nota 269 anterior, p. 903.

expresión *autotutela* la doctrina española ha venido designando la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación'. La esencia de esta figura reside en la legitimación de quien prevé la posibilidad de ser incapacitado en el futuro para configurar su tutela. Es la designación del propio tutor, hecha por persona mayor de edad, jurídicamente capaz, para el caso de que deje de serlo²⁸⁰.

D/ Historia.

1. Es inútil buscar antecedentes históricos *legislativos* de esta modalidad de tutela, ya que, como hemos visto anteriormente, las causas que suponen algún riesgo que pueda llevar a la incapacitación de una persona no han preocupado en las administraciones públicas, ni en los organismos e instituciones científicas ni tampoco en la generalidad de la población, hasta las primeras décadas del pasado siglo. Ha sido sentir el impacto en la *edad prolongada*, de aquellas enfermedades o de ciertos accidentes en la mente de las personas que nos son más o menos próximas, lo que ha despertado la necesidad de acudir a remediar o, al menos, paliar sus perniciosos efectos. No hay, pues, en nuestro Código civil ni en las legislaciones de la época, antecedente alguno de la *autoregulación de la tutela*.

Con todo, Rivas Martínez expone unos 'Antecedentes históricos' más bien referidos a la tutela en general que a la figura de nuestro estudio²⁸¹.

2. Ya queda dicho que hasta 1921 no se había considerado de interés esta figura en España, posiblemente porque en el entorno de nuestro ámbito cultural no se habían producido casos en que se hiciese necesario o se considerase simplemente conveniente su estudio o su

²⁸⁰ Lucía García García: *Marco jurídico de la enfermedad. Incapacitación e internamiento*. Tesis Doctoral. 'Editorial Revista General de Derecho'. Valencia, 2000.

regulación legal. Fue en este año cuando el citado Diego M^a Crehuet pronunció su Discurso, y atrajo una mínima atención sobre el tema.

En el año 1924 hay un repunte de dicho interés. Una *Real Orden de 14 de marzo*²⁸² da respuesta a una solicitud a favor de que se declare eficaz la designación de tutor que 'actualmente y previendo su futura incapacidad haga para sí mismo y ante Notario público' el propio solicitante. Razonaba que 'el caso, no previsto en la legislación vigente, debe reglamentarse con 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, 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 al final 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 implícitamente en las leyes de tal naturaleza*'.

No encontramos a nadie que vuelva a ocuparse en este tema, hasta el trabajo del antes citado Notario y Abogado del Estado Eloy Sánchez Torres, en 1928. Expone su punto de vista bien razonado acerca de la figura, con aportación de antecedentes consuetudinarios de los países eslavos. Se refiere a la publicación en una revista alemana²⁸³ de un curioso caso que constituye un verdadero antecedente de lo que él llama

²⁸¹ J.J. Rivas, en *Disposiciones y estipulaciones...*, O.c. en anterior nota 272, p. 210.

²⁸² Inserta en *Anuario de la Dirección general de los Registros y del Notariado*, 1924, p. 521. A esta Orden se refiere Castán Tobeñas en: *Derecho de Familia*, de Kipp-Wolff, Vol. 2^o, Barcelona 1979, p. 411.

²⁸³ *Deutsche Juristen Zeitung*, en su 'Sección de Crónicas de Derecho Extranjero'. Habiéndose citado en 1928 un caso de 1927, no nos ha sido posible localizar el trabajo, ni aún con la amable colaboración de la redacción de la actual *Juristen Zeitung*, de Tübingen.

autotutela: un joven procedente de una familia finlandesa, víctima de una enfermedad que le impide actuar con plena capacidad desde los dieciocho años hasta la aparición de la tara hereditaria, en cuyo momento su capacidad se borra y con ella decae su independencia jurídica. Este joven soviético, llamado Ivon Cnimzo, se encontraba en 1927 en posesión de cuantos derechos civiles le concedía la legislación soviética, y el mismo día de su mayoría 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 surgida para optar 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, y con ello la posibilidad de que una persona pueda designar para el futuro su propio tutor.

3. Pocos años después, la *doctrina española* comenzó a interesarse por el tema, al proponer, como hemos visto, la necesidad de una reforma total del sistema de tutela, y cuyos estudios dejarían vía libre para la redacción de los 'Proyectos' a que luego aludiremos. Entre otros, apuntamos los trabajos de los Profesores Apalategui²⁸⁴ y Rodríguez-Arias Bustamante²⁸⁵, a los que siguieron otros como los de los Notarios Blas Piñar y Enrique Fosar, o el del Registrador de la Propiedad Fernández Cabaleiro, y los Profesores Sancho Rebullida, Díez-Picazo y Rogel Vide. Más tarde escriben sobre el tema los Notarios José M^a Gómez Oliveros²⁸⁶, Ana-Victoria García-Granero²⁸⁷, Carpio González²⁸⁸, Pérez Sauquillo²⁸⁹, Prada Guaita²⁹⁰, Romero Candau²⁹¹, entre otros. También hay que citar los

²⁸⁴ Pedro de Apalategui y Ocejo: *La tutela de autoridad*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 21 de junio de 1954.

²⁸⁵ Lino Rodríguez-Arias Bustamante, en o. c. en nota 268.

²⁸⁶ José María Gómez Oliveros, Notario de Burgos: *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, en 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', 1984, p. 637.

²⁸⁷ Ana-Victoria García Granero, Notario de Toledo, o. c. en nota 270.

²⁸⁸ Ignacio Carpio González, Notario de Toledo: *Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio*, en 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', dicbre./1996, ps. 2.809 y sigs.

²⁸⁹ Marcos Pérez Sauquillo: O.c. en anterior nota 271, p. 446.

²⁹⁰ Carlos Prada Guaita, Notario de Aguilar de la Frontera: *Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial*. Conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, 23 febrero 1995, en 'Anales', IX, p. 187.

estudios más recientes de los Profesores Puig i Ferriol y Roca Trías²⁹², y el de Rogel Vide sobre los comentarios a la última reforma de la tutela²⁹³. Las más reciente referencias de que disponemos al efecto, son: la conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de las Palmas el 31 de enero de 2000, por el Notario de Barcelona Miguel-Angel Campo Güerri²⁹⁴, y los trabajos de Emelina Dávila Huertas sobre el mismo tema de la autotutela²⁹⁵, de Lucía García García²⁹⁶, que aborda el papel de la autonomía de la voluntad del interesado en la autotutela y el del Notario Castillo Tamarit²⁹⁷, que se muestra partidario de esta figura, al no haber prohibición expresa legal.

En la *doctrina extranjera* destaca la aportación argentina de los también Notarios Gerardo Rubio y Ruben A. Lamber²⁹⁸, así como de sus colegas Eduardo B. Pondé, Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns²⁹⁹.

Esta falta de regulación legislativa expresa no ha sido óbice para que un sector de la doctrina entienda que nada hay que prohíba, en el estado actual de la cuestión, constituir un sistema de autoprotección. Ya hemos expuesto algunas opiniones, y más adelante se presentarán otras. Baste, por el momento, considerar que se admite la posibilidad de que el Juez que se encuentre ante una disposición de un incapaz regulando su tutela, y adoptada en tiempo de plena lucidez mental, podría llegar a alterar

²⁹¹ Pedro-Antonio Romero Candau, Notario de Sevilla: *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*. Conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, 26 mayo 1994, en 'Anales', VIII p. 447.

²⁹² Lluís Puig y Ferriol y Encarna Roca Trías: *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona. Dret de família*, Volumen VIII.

²⁹³ Carlos Rogel Vide: *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, artº 223, p. 698.

²⁹⁴ Miguel-Angel Campo Güerri: *La Auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. Publicada en la 'Revista Jurídica del Notariado', nº 34, abril-mayo 2000, ps. 9 y sigs.

²⁹⁵ Emelina Dávila Huertas: *La Autotutela*. 'Boletín de Información' del Ilustre Colegio Notarial de Granada, nº 227, abril/2000, ps. 1.309 y sigs.

²⁹⁶ Lucía García García: *Marco jurídico de la esfera mental: Incapacitación e internamiento*. Tesis doctoral. Editorial 'Revista General de Derecho. Valencia, año 2000, p. 108.

²⁹⁷ En su trabajo *Tutela, Autotutela, Protección de menores*, citado en nota 277, p. 41.

²⁹⁸ Presentados en el 'XXIV Seminario Teórico-Práctico Laureano Arturo Moreira', y en la 'XXII Jornada Notarial Argentina', Rosario, 1991, y publicados en *Revista Notarial*, nº 912, ps. 341 y sigs.

²⁹⁹ Nelly A. Taiana y Luis Rogelio Llorens: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

el orden de delación establecido en la ley y dictar una resolución motivada a favor del designado. Y a la misma solución llegamos si se aplica el artículo 235 del Código civil en caso de faltar las personas citadas en el artículo 234; pues, como dice Zapatero González³⁰⁰, es evidente que nadie mejor que el propio incapacitado puede señalar la persona más adecuada en su propio beneficio.

También es de destacar en este punto la *VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, celebrada en Veracruz, México, los días 4 a 7 de febrero de 1998, antes citada, y cuyo 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. Se razona ampliamente la posición favorable a la *autodelación de la tutela*. según tendremos ocasión de considerar más adelante.

En agosto de 1999 tuvo lugar en la UIMP de Santander un Seminario sobre *La Protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, en el curso del cual se hizo la presentación de la Fundación *Aequitas*, promovida por el Notariado español, y que ya echó a andar en noviembre siguiente con la constitución de su primer Patronato. El Notario de Molins de Rei, Rafael Martínez Die, ofreció a la sociedad y a la Administración una serie de propuestas surgidas de este Seminario; y entre ellas, las siguientes: Humanización del proceso de incapacitación; los problemas prácticos de la tutela; admisión y regulación, en toda España, de la *autotutela*, de los apoderamientos preventivos o dotados de ultraactividad de efectos, o que se otorguen por personas plenamente capaces para que surtan efectos después de que se decreta su incapacitación, previa adopción de las garantías que aseguren el mayor beneficio del poderdante³⁰¹.

Haciéndose eco de la importancia y la actualidad del tema, en Ronda tuvieron lugar los días 23 al 27 de julio de 2001 unos Cursos de

³⁰⁰ Rafael Zapatero González: *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*, en la 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', julio /1985, p. 76.

Verano de la Universidad Rey Juan Carlos que trataron de la 'Asistencia y Protección a las Personas Mayores', considerado como uno de los más importantes retos que tiene planteada la sociedad actual. 'Son múltiples y variados los campos del saber que tienen algo que decir en orden a la elaboración y propuestas de soluciones: desde la Medicina -y algunas de sus más cercanas especialidades en la materia, como la Gerontología y la Psiquiatría- hasta la Sociología, pasando por el Derecho Público, singularmente el Constitucional, y especialmente por el Derecho Civil, en tanto que éste tiene siempre como principal misión la protección y defensa de la persona'. En este Curso se habían programado, entre otros temas, la *incapacitación*, por el Profesor Moreno Quesada, y la *autotutela*, por el Profesor Pérez de Vargas. También se estudiará el tema de la 'autotutela' en las 'Primeras Jornadas *Aequitas*' que celebra el Colegio Notarial de Madrid los días 22 y 23 de abril del 2002, con Ponencias de los Notarios Ana Fernández Tresguerres y Juan José Rivas Martínez.

4. Cita María de los Angeles Parra³⁰² un posible *antecedente legislativo* de la *autoregulación de la tutela* en el 'Proyecto de Ley de tutela y curatela' del Parlamento de Cataluña de 1934³⁰³, basado en la Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 y el Estatuto de Autonomía de 15 de septiembre de 1932. Constaba de 236 artículos, y en el artº 19 se establecía la posibilidad de *autotutela*, es decir, el nombramiento de tutor por el propio interesado para el futuro; y en su defecto, el designado por el padre o la madre. No llegó a ser ley. Será objeto de nuestro estudio especial más adelante.

Otras ocasiones de introducir en nuestro Derecho positivo la posibilidad de la *autoregulación de la tutela*, encontramos en el borrador del llamado *Proyecto Apalategui*, que lo defendió en la Comisión General de Codificación, en la década de los años cincuenta, que 'ofrecía algunas

³⁰¹ La noticia, en el *Boletín NOTARIAL*, nº 4, 1-15.9.99, p. 2.

³⁰² M^a de los Angeles Parra Lucán: *El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán*. 'Revista Jurídica de Castilla-La Mancha', nº 20, abril-agosto/1994, p. 111.

³⁰³ Parlament de Catalunya, Anex nº 2 al *Diari de Sessions* nº 199.

novedades'³⁰⁴, y sometía a tutela a quienes adolezcan de insuficiencia mental tan acentuada que por ella corrieran grave riesgo en su propio gobierno; así como en otro borrador de 1977 elaborado en la citada Comisión General de Codificación por su Secretario, el Profesor Castán Vázquez, que dio origen al tantas veces citado *Anteproyecto* privado bajo la dirección del Profesor Díez Picazo, por encargo de la Fundación General Mediterránea y el Servicio de Rehabilitación y Recuperación de Minusválidos (SEREM)³⁰⁵. Y en 1979 encontramos otro 'Borrador de Anteproyecto' redactado por un grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación, presidido por Pedro Aragonese, que fue aprobado por el Gobierno.

Enviado por el Gobierno a las Cortes el 8 de mayo de 1981, este '*Primer Proyecto*' de Reforma de la Tutela disponía en su artículo 223, que

'los padres podrán en testamento nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, y ordenar cualquier otra disposición, siempre que no sean contrarias a las leyes, o a las buenas costumbres'.

A este artículo se presentaron dos *enmiendas*: la nº 20, del Grupo Parlamentario Comunista, y la nº 57, del Grupo Parlamentario Socialista, de las cuales esta última para nada contemplaba la posibilidad de introducir en su texto la figura de la autotutela. En cambio, la enmienda nº 20, proponía esta nueva redacción al citado artículo:

'Podrán en testamento nombrar tutor...: 1. Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concorra en ellos causa de incapacitación. En el supuesto de que nombraren tutor a persona distinta

³⁰⁴ Castán Vázquez, en *Comentarios a las reformas...*, citados en nota 125 anterior, p. 281; así como en *La reforma de las instituciones tutelares*. Conferencia en el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y de España. Madrid, 1984.

³⁰⁵ *Estudio para la Reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, redactado por los Profesores Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz, Carlos Rogel, Antonio Cabanillas y Jorge Caffarena. 1977.

de los padres, no se rehabilitará la patria potestad que se establece en el artículo 171'.

Se argumenta la motivación de la misma en 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. Pero al limitarla a la tutela constituida *por testamento* la dejaba prácticamente inviable, ya que nunca llegaría a constituirse tras la apertura de la sucesión, por muerte del testador, persona a tutelar.

La *Ponencia* acordó, por mayoría, que fuera provisionalmente rechazada tal enmienda por coherencia con la inadmisión expresada en relación a otras, que facultaban a una persona para pedir su propia incapacitación, ya que 'la petición del interesado podría no ser enteramente deliberada y libre', así como también porque tal iniciativa 'no es acogida en las principales reformas del Derecho Comparado'. Y en el siguiente trámite de *Comisión* siguió la misma suerte. El texto originario fue aprobado por el *Pleno* del *Congreso* el 11 de mayo de 1982, pero la posterior tramitación del mismo debido a las enmiendas introducidas en el *Senado*, aunque en nada afectaron a este artículo 223, que aprobó el texto el siguiente día 30 de junio, impidió que este Proyecto de Ley llegara a buen fin a causa de la disolución de las Cortes en el otoño de 1982, que clausuró la I Legislatura. No contenía referencia alguna a la *autoregulación de la tutela*, aunque como acabamos de ver, la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Comunista, proponía tal posibilidad.

Tampoco la contenía el *Segundo Proyecto de Ley* enviado por el Gobierno a las Cortes en enero de 1983, ya en la II Legislatura, y que llegaría a ser la Ley 13/83 de 24 de octubre. En el curso de su tramitación parlamentaria³⁰⁶ se produjeron los primeros intentos de introducir en el mismo la figura de la *autotutela*, mediante las correspondientes enmiendas

presentadas en el Congreso por el Grupo Popular³⁰⁷, defendidas por los Diputados señores Cañellas Fons, García Amigo y Durán Corsanego³⁰⁸, y por el Grupo Mixto³⁰⁹, defendidas por el Diputado señor Pérez Royo; ninguna de las cuales llegó a prosperar por la cerrada oposición del mayoritario Grupo Socialista, al considerar, entre otras razones, ya en trámite de *Ponencia*, que las consideró innecesarias y ‘que es peligroso, porque el presunto incapacitado puede incurrir en errores derivados de la propia condición por la que se contempla la posibilidad de limitar su capacidad de obrar.... el hecho de ordenar el mismo su propia tutela nos parece arriesgado y peligroso’³¹⁰. En los posteriores trámites de Comisión, cuyo Dictamen es de fecha 18 de mayo, y de Pleno, del día 24 siguiente, se reprodujo la misma actitud de oposición a tales enmiendas.

Ya en el Senado se defendieron las que mantenía el Grupo Popular, por el señor Reigada Montoto³¹¹, y tuvieron la misma suerte que en el Congreso: su rechazo por el Grupo Socialista, el cual, por medio de la señora Sauquillo Pérez del Arco³¹², manifestó su oposición basada en la ‘falta de base real y de *presencia social*’, y considerando que la figura de la *autotutela* se intenta introducir como un novedad importante al Código civil, ‘que es una pieza maestra’, y su modificación exige ‘mucho precisión’; pues esta figura no se puede meter en un proyecto de ley de tutela ‘casi de refilón’. Más adelante, al estudiar la posibilidad de introducir la ‘autodelación de la tutela’ en nuestro sistema legal, ampliaremos las

³⁰⁶ El senador Rafael Zapatero ofrece un resumen de la misma en *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*, en ‘Revista de Legislación y Jurisprudencia’, julio/1985, ps. 72 y ss.

³⁰⁷ Enmienda nº 50 del Grupo Popular, añadiendo al artº 223 este párrafo 2º: ‘*Cualquier persona, en documento público notarial, podrá adoptar, respecto de sí misma, las medidas prevenidas en el párrafo anterior.*’

³⁰⁸ Sesiones de Comisión de 18 de mayo de 1983 (*Diario* nº 29, p. 958) y de Pleno de 24 de mayo siguiente (*Diario* nº 39, ps. 1.814 y sigs.).

³⁰⁹ Enmiendas del Grupo Mixto: nº 9, añadiendo al artº 202 el siguiente párrafo: ‘*También podrá promover una persona su propia incapacitación*’, y nº 14, dando nueva redacción al artículo 223: ‘*Podrán en testamento nombrar tutor...: 1º Los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concorra en ellos causa de incapacitación...*’.

³¹⁰ Diputado señor Navarrete Merino, en Sesión de la Comisión de 18 de mayo de 1983, *Diario* nº 29, p. 958.

³¹¹ El Notario señor Reigada Montoto, en *Diario* de Sesiones del Senado, 21 septiembre 1983, nº 28, p. 1.420.

³¹² *Diario* de Sesiones del Senado, idem, p. 1.421.

incidencias de los trámites parlamentarios que atravesó la que llegaría a ser Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Pero, estamos de acuerdo con Badosa³¹³, cuando afirma que el actual rechazo del Código civil tanto de la autotutela como de la incapacitación voluntaria no excluye que ambas mantengan plenamente su fuerza como proyectos de política legislativa. García-Granero³¹⁴ hace votos ‘para que en el Derecho común pronto tengamos una regulación de la *autotutela*’.

5. En realidad, la *primera formulación legal* de la *autotutela en España* nace en Cataluña: es la contenida en la Ley 11/1996, de 29 de julio, que modificó la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares. La Ley Catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, contiene un Título VII: *La tutela y demás instituciones tutelares*, cuyo Capítulo II regula *La delación de la tutela*, y en su Sección 1ª: *La delación voluntaria*, el artº 172 se refiere a las ‘delaciones hechas por uno mismo’. Su estudio corresponde a un capítulo que veremos más adelante.

6. No se puede considerar regulada legalmente y de manera especial esta materia por la existencia de disposiciones generales que consagran el principio de la *autonomía de la voluntad*, como pueden ser los artículos 1.255 del Código civil o el 3º de la Compilación de *Aragón* de 21 de mayo de 1985, que reconoce la voluntad de los otorgantes, conforme al principio *standum est chartae*, expresada en pactos o disposiciones, ‘siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón’; ni tampoco la ley 7 de la Compilación de *Navarra*, que consagra los principios *paramiento fuero vienze* y *paramiento ley vienze*. Insistiremos más adelante sobre estos puntos. Pero ello no debe impedir que una práctica notarial, no prohibida ni permitida, pueda avanzar en el camino de su legalización positiva.

³¹³ Badosa, en O.c. en nota 269, p. 903.

³¹⁴ García-Granero: *La autotutela...* citada en nota 96, p. 251.

E/ Legislación Extranjera.

Por regla general, en los Códigos extranjeros no se encuentran disposiciones sobre la materia que nos ocupa, esto es, que establezcan una normativa acerca de previsiones para la propia incapacidad, pese a la creciente generalización de los supuestos de hecho que se nos presentan cada día, y a los que apuntamos ya en el principio de este trabajo.

Así, y por poner unos ejemplos, el 'Civil Code of the Philippines', aprobado el 18 de junio de 1949, por la Republic Act nº 386³¹⁵; y el 'Código civil de la República Oriental de Uruguay', aprobado el 19 de octubre de 1994, por Ley 16.603³¹⁶.

No obstante, encontramos algunas aproximaciones a nuestra figura en ciertos preceptos que no acaban de definirla, pero sí acaso servirían para utilizar la analogía partiendo de figuras afines, como el mandato. Con anterioridad ya han quedado expuestas algunas posiciones de legislación extranjera.

Ana Fernández-Tresguerres, Notaria de Toledo, en su Ponencia sobre 'Autotutela', con ocasión de las 'Primeras Jornadas *Aequitas*', antes citadas, distingue dentro del Derecho Comparado, los siguientes grupos por afinidades en orden a las medidas de autoprotección, que considera no como una sustitución de la voluntad, sino como 'continuación de la misma': grupo inglés, no anglosajón; sistema continental o de la *Betreuung* alemana; nórdicos, con inspiración pública; los 'poderes preventivos' franceses; y los demás, como el suizo o el de Quebec, o el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección de adultos.

³¹⁵ 'Bureau of printing', Manila, 1954.

En *Argentina*, a falta de disposición legislativa expresa, algunos autores pretendían buscar la solución para canalizar el requerimiento, en la figura del *fideicomiso*. Pero en la práctica no ofrecía solución satisfactoria, ya que, conforme a la ley 24.441, debería hacerse una transmisión de bienes al fiduciario, lo que no convencía a muchos³¹⁷.

Aunque prosperó la pretensión del joven Cnimzo, referida en el anterior apartado, no hay constancia alguna en la *legislación soviética*, de una aceptación clara y expresa de la *autotutela*. Tan solo en el artículo 68 del Código del Menor, la Familia y la Tutela, hay un atisbo de ella, cuando dispone que se constituya la tutela 'para la defensa de la persona incapacitada de obrar y de sus derechos e intereses legítimos, así como para la salvaguardia de su patrimonio, en los casos previstos por la ley'³¹⁸. En la legislación posterior de la *Federación Rusa*, tampoco encontramos nada aplicable a nuestro interés.

En el Código civil de *Quebec, Canadá*, vigente desde el 1º de enero de 1994, se contempla esta posibilidad del *mandato*, en el artº 2166. Dispone que *Le mandat donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle même ou à administrer ses biens est fait par acte notarié en minute ou devant témoins. Son exécution est subordonnée à la survenance de l'inaptitude et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte*; cuya naturaleza híbrida nos traslada del Libro de las Obligaciones al de las Personas. Si este mandato es suficiente para atender al cuidado de la persona y de los bienes del incapaz, evita la apertura de los otros regímenes de protección del mayor incapaz (curatela, tutela y consejero del mayor).

³¹⁶ 'Anotado y concordado por los Dres. Enrique Arejo Piriz y Gustavo Ordoqui Castillo'. Editorial Universidad, Ltda. Montevideo.

³¹⁷ Datos aportados por Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns: *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, j-a-s/1999, p. 21.

³¹⁸ *Legislación soviética moderna*. 'Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana', México, 1947.

En *Japón* la figura del fideicomiso o *trust* sirve para lograr análoga finalidad. Desde nuestro punto de vista, ya hemos visto su principal inconveniente: la transmisión inmediata de bienes. Pero la última reforma del Código Civil japonés permite que, tanto para la tutela como para la curatela y también para la asistencia, pueden ser tenidas en cuenta las peticiones del que aparece indistintamente considerado como ‘propio’ enajenado, tutelado, interesado y, en relación con la última, sujeto o asistido. Se tiene especial consideración a ‘la voluntad del tutelado’, a quien se puede nombrar un protutor si es mayor de edad; y se reconoce al mismo incapaz el control y la facultad de pedir la anulación de lo actuado a fin de reintegrarle a la capacidad³¹⁹.

La caducidad del mandato, por imperativo del artículo 2.003 del Código civil, impide que en *Francia* se pueda aceptar la posibilidad de esta personal delación, al menos por vía de poder.

La ‘Patient Self Determination Act 1991’, de *Estados Unidos*, reconoce la ‘asistencia’, la libertad del hombre sobre su propia persona, en ejercicio de la cual puede decidir respecto a tratamientos médicos que desea o no en caso de intervención en hospitales y centros sanitarios. Es lo que empieza a llamarse *testamento vital*, o *testamento biológico*, que veremos más adelante.

El mismo objetivo en el *Reino Unido* parece perseguir la ‘Enduring power of attorney Act’, si bien se limita a efectos puramente patrimoniales. Con anterioridad, nos recuerda Rodríguez-Arias Bustamante³²⁰, ya existía la posibilidad de que el mismo *menor* pueda elegir su tutor, en defecto de padre, madre y tutor testamentario, a no ser que la Corte de Cancillería, actuando en nombre del soberano, protector de incapaces y abandonados, haya procedido a nombrar un tutor dativo. Pero no contempla el caso del mayor de edad, que es el supuesto que nos interesa; no obstante, Castro

³¹⁹ Hayashi Nobuo y Rafael Domingo: *Código civil japonés. Estudio preliminar, traducción y notas*. Marcial Pons. Madrid, 2000, artículos 7 y sigs..

³²⁰ Lino Rodríguez-Arias Bustamante: *La Tutela*. Editorial Bosch, Barcelona, 1954, citado en nota anterior 268, p. 118.

Lucini³²¹ afirma que en la legislación inglesa se permite esta *autotutela* siempre que la persona que se da a sí misma tutor sea mayor de edad.

En *Suiza* cabe ampliar las facultades concedidas al albacea, si bien en otra escritura. Y el artº 372 del *Code civil* de 10 de diciembre de 1907³²², para entrar a regir el 1º de enero de 1912, dispone que '*Tout majeur peut demander sa mise sous tutelle, s'il établit qu'il est empêché de gérer convenablement ses affaires par suite de faiblesse sénile, de quelque infirmité ou de son inexpérience*'. Una tutela voluntaria como ésta, no puede ser instituída bajo condición, según tiene establecido la jurisprudencia suiza. En otros artículos se dispone que es preciso el informe de expertos, que declarará, en particular, si la audiencia del *incapitable* debe ser exigida (artº 374,2); y, lo que importa a nuestro propósito, '*a moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutelaire nomme tuteur la personne designé par le père, la mère ou par l'incapable*' (artº 381). Es, en realidad, el único caso de 'autotutela'.

En *Alemania* se trató, en un principio, de superar el obstáculo que supone la caducidad del mandato; así, la *Alteversorgevollmacht* promulgada por Ley de 12 de septiembre de 1990, deroga la tutela y la curatela de los mayores de edad, y la sustituye por el nuevo instituto de la 'asistencia' o *Betreuung*. Reconoce una disposición de asistencia, es decir, un poder de previsión de asistencia para la vejez. En el caso de que un mayor de edad no pueda valerse por sí mismo, bien en parte, bien en absoluto, por consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el Tribunal tutelar le nombrará, bien a petición suya o bien de oficio, un asistente para el ámbito de las funciones imprescindibles (BGB 1.896). Se nombrará al propuesto por el mayor de edad, siempre que no resulte contrario a los intereses del mismo, y si éste ha excluído a alguna persona para el cargo de asistente, se deberá tener en cuenta; subsisten, en principio, los poderes otorgados con

³²¹ Francisco Castro Lucini: *Temas de Derecho de Familia*. Contestación a los Programas de Oposiciones a Notarías y Registros. Madrid, AGISA, 1989, p. 421.

³²² Editorial Payot, Lausanne, 1993. Los trabajos preparatorios, en Eugen Huber, Berna, 1901.

anterioridad, si bien podrán ser revocados por el asistente (BGB 1.897), en cuyo caso corresponde a éste la representación del asistido, dentro y fuera de juicio (BGB 1.902).

Los problemas que planteaba esta Ley se tratan de solventar con la llamada 'Ley de Modificación' de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1º de enero de 1999. Contempla la posibilidad, que interesa a nuestro estudio, de nombrar un apoderado que haga innecesaria la constitución de la *asistencia*, al considerar especialmente deseable que las personas de cierta edad otorguen un *poder* para el caso de que sobrevenga una incapacidad negocial como consecuencia de la edad. El poder se extingue en Derecho alemán cuando lo hace la relación básica que lo justifica³²³, pero en caso de duda, el mandato no se extingue por la muerte del mandante ni por la producción de la incapacidad negocial (BGB 672)³²⁴.

La Asamblea General de las *Naciones Unidas*, en Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, relativa a su 'Programa de acción mundial para las personas con discapacidad', reconoce la general igualdad y la plena participación de los deficientes mentales 'mediante la *prevención*, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades'. Y la Recomendación R(92)6, de 9 de abril de 1992 del *Consejo de Europa* aspira, entre otras cosas, a que la política en favor de las personas con discapacidad o en situación de riesgo de discapacidad sobrevenida contribuya a ayudar a conseguir estos objetivos: *la prevención*, la participación plena y activa, y una vida autónoma, de acuerdo con los deseos, las preferencias y las capacidades de las propias personas. En este sentido, y dentro de las medidas de prevención y de autoprotección propuestas, debemos considerar como una de las más aptas la posibilidad de la autoregulación de la tutela.

³²³ El parágrafo 168 del BGB dispone que '*la extinción del poder depende del negocio jurídico en el que se base su creación*'.

F/ *La práctica notarial:*

Considera el Profesor Castán Vázquez que, en nuestros días, aunque ausente del Código civil, 'el tema de la autotutela está presente en la realidad y se vive sobre todo en las Notarías'.

a/ En los últimos años algunos *Notarios españoles* han iniciado una práctica notarial, con base en el principio de autonomía de la voluntad, autorizando escrituras calificadas de *Previsión de la propia tutela*, o de *autotutela*, con el nombramiento o la exclusión de personas; si bien no se deduce de aquéllas su verdadero alcance y significado. Más bien parecen tímidos tanteos de algún *desideratum*. Es posible que no superen la cifra de dos docenas las escrituras que en este sentido se hayan autorizado por los notarios españoles en los últimos años, pese a que algunos han publicado modelos en los que proponen fórmulas de las mismas. En el caso de los notarios españoles, especialmente algunos catalanes y con anterioridad a la Ley 11/1996, de 29 de julio, que estudiaremos más adelante, se registran también algunos otorgamientos de este tipo.

Se han propuesto soluciones varias, lo que demuestra que no hay una sola completamente aceptable³²⁴. Así, los llamados 'poderes cautelares', si bien no deja de reconocerse, como veremos, el insuperable inconveniente que supone el artículo 1.732 del Código Civil; o los 'poderes especiales', que habría que considerar irrevocables; o la 'sociedad unipersonal'. Especial mención merece la idea de constituir un 'Patrimonio Especialmente Protegido', al que antes nos hemos referido, y respecto del cual López Burniol ha puesto especial interés en desconectarlo con la idea de una Fundación. He aquí algunas fórmulas utilizadas por los Notarios, que nos han facilitado los mismos autores:

³²⁴ Martín García-Ripoll Montijano: *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia ('Betreuung') de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*, en 'Actualidad civil', nº 21, 24-30 mayo/1999, ps. 553 y sigs.

³²⁵ Ana Fernández-Tresguerres, en la Ponencia antes citada.

1º. La fórmula que propone Jesús-María Ferreiro Cortines, Notario de Santander, y que no considera perfecta si bien aconseja su uso y su mejora, es ésta: ‘La compareciente...

“ *EXPONE.*

“ *Para el caso de que sea necesario organizar una tutela respecto de sí misma, quiere determinar las personas que la integran, de acuerdo con las siguientes*

“ *NORMAS:*

“ *1ª. Dispone que para el caso de que, de acuerdo con la Ley, sea incapacitada judicialmente y sea necesario nombrarle un tutor, desea que sean sus tutores, conjuntamente, sus amigos – Y si alguno de ellos no accede al cargo, o deja de serlo por cualquier causa, será tutor el otro u otra. En cualquier caso se extenderá la tutela al cuidado de la persona y bienes de la compareciente, y dispensa de la obligación de vender los bienes de la compareciente, aunque sean inmuebles, en pública subasta.*

“ *2ª. Excluye expresamente de la posibilidad de que sea tutora de la compareciente a su hija ...*

“ *3ª. La compareciente se apoya para esta preorganización de la tutela, en el principio de autonomía de la voluntad, en el principio que rige nuestro Derecho de que lo que no está prohibido está permitido, y por similitud en lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, que regula la tutela para Cataluña: puesto que hay identidad de razón, idéntico principio debe aplicarse.*

“ *4ª. Asimismo expresa su deseo de que las precedentes disposiciones sean vinculantes para cualquier Autoridad, judicial o no, que se ocupe, en su caso, de la organización de la tutela”.*

2º. El también Notario Francisco José López Goyanes, de Madrid, ofrece un modelo de lo que llama ‘escritura de autotutela positiva y negativa’³²⁶, en la cual, tras la expresión del juicio de plena capacidad para la misma, sus partes expositiva y dispositiva son del tenor literal siguiente:

“ *EXPONE:*

“ *I. Que conforme al artículo 322 del Código civil, la persona mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil.*

“ *II. Que en aplicación del último inciso del artículo 234 del Código civil, las personas que propone como tutores podrán ser nombrados por el Juez, si éste así lo estima, en beneficio de la señora compareciente, una vez declarada incapaz por sentencia judicial en virtud de las causas de incapacitación establecidas en la ley que le impidan gobernarse por sí misma.*

“ *III. Que tiene una enemistad manifiesta con la persona que después dirá, lo que le impide ser tutor de la señora compareciente, según la norma del artículo 244-2º también del Código civil.*

“ *IV. Y por esta escritura*

“ *OTORGA.*

“ *Doña ..., ante la posibilidad de que en el futuro pudiera ser incapacitada, establece, en plenitud de facultades:*

“ *A) La delación del cargo tutelar que comprende la guarda y protección de su persona y de sus bienes, a favor de:*

³²⁶ En el ‘Boletín de Información’ del Ilustre Colegio Notarial de Granada, nº 209, septbre./1998, ps. 2.459 y 2.460.

“ a) Su hermana ..., mayor de edad, casada, vecina de Madrid, con domicilio en ... y con DNI...

“ b) En defecto o a falta de la anterior, su sobrino..., mayor de edad, casado, vecino de Madrid, con domicilio en ..., y DNI ...

“ B) Excluye de ejercer su tutela a su hermano ..., mayor de edad, casado, vecino de Madrid, con domicilio en ..., y con DNI....”

3º. Por su parte, José A. Escartín, Notario de Madrid, manifiesta que en dos casos ha sido requerido para autorizar este tipo de escritura, y ha empleado una fórmula semejante a las anteriores.

4º. Francisco Carpio Mateos, ‘Notario Jubilado Honorario’, publica también su fórmula³²⁷ que sirve para que los padres, en previsión de que se pudieren ver privados de la patria potestad, puedan nombrar tutor para sus hijos, en escritura pública no testamentaria; lo que, indudablemente, no es nuestro caso; pero ofrece la fórmula de nombrar y excluir tutores:

“ ... al amparo del artículo 223 y demás concordantes del Código Civil: DESIGNA y a todo evento PROPONE como tutores...

“ Y, por último, y conforme al artículo 245 del mismo Código, EXCLUYE expresamente de cualquier tutela... a los padres y hermanos de la propia disponente, y lo mismo a sus padres políticos...”

5º. La fórmula empleada por los Notarios catalanes se expondrá al estudiar los elementos formales en la Ley 11/1996, de 29 de julio.

Es evidente que estos modelos se ajustan a la opinión de la mayoría de los autores que se ocuparon en este tema. Se desconoce su recepción más o menos generalizada en la práctica, si bien parece deducirse de ellos

³²⁷ Francisco Carpio Mateos: *TUTOR: de designación y exclusión de tutores. Fórmula.* ‘Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada’, nº 238, abril/2000, p. 1.259.

la necesidad o, al menos, la conveniencia de que se proceda a una regulación legal de la autotutela que sirva de base segura e incontrovertida.

b/ Las fórmulas que emplean algunos *Notarios extranjeros* no coinciden exactamente con la verdadera 'autotutela' que estamos estudiando, y encajan más bien con el poder que con una precisa disposición tutelar una persona capaz configura para el caso de que incurra en una futura causa de incapacidad.

1º. Los Notarios *argentinos* Nelly A. Taiana y Luis Rogelio Llorens, que han dedicado varios estudios al tema de la prevención que nos ocupa, manifiestan que resulta innegable la necesidad de reconocer legalmente a la persona capaz el derecho de protección a su medida, personalizado, que lo atienda en su integridad³²⁸.

- Exponen varios modelos de 'escrituras *de lege lata*', con una larga 'Exposición' de antecedentes familiares y médicos, para acabar otorgando un *poder* para administrar inmediatamente sus bienes; a fin de que el poder continúe en tanto el poderdante no sea declarado incapaz, en cuyo momento se produce la conversión automática del apoderado en tutor; '*para cuyo cargo excluye a ...*'; y, finalmente, que

'Para cualquier supuesto en el que el otorgante pierda transitoria o definitivamente la posibilidad de atender y de decidir los cuidados médicos que ha de recibir, será también el mismo ... quien ha de tomar libremente las decisiones por el compareciente'.

- También proponen un modelo de *tutela*, por el que el otorgante,

³²⁸ Nelly A. Taiana y Luis Rogelio Llorens: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. 'Astrea', Buenos Aires. 1996, ps. y ss.

‘...en ejercicio de la patria potestad y de la facultad que le confieren los artículos 383 y 384 del Código civil, para que tenga efectos en caso de su propia incapacidad... ‘

2º. Para *Alemania*, el Notario de Munich Dr. Helmut Wirner, informa que él, personalmente, ha autorizado ‘pocas de estas disposiciones’. Se refiere a la fórmula de la ‘asistencia’ o *Betreuungsgesetz*, de la Ley de 12 de septiembre de 1990, que hemos visto al contemplar el Derecho extranjero. Bajo la denominación de *Generalvollmacht und Vorsorgevollmacht*, que se puede traducir por ‘Poder general y poder de previsión’ otorgan una o varias personas, generalmente cónyuges, una serie de atribuciones que van desde la administración de los bienes hasta el cuidado de la persona, con recomendaciones especiales para los casos de accidente o enfermedad, así como algunas instrucciones para ser transmitidas a los médicos, en su caso.

3º. Desde *Italia*, el Notario de Roma Giuseppe Ramondelli comunica que el nombramiento del representante de aquel contra el cual sea ‘pronunciata giudizialmente l’interdizione’, es de la exclusiva competencia del Juez Tutelar, según el *Codice civile* (arts. 346; 419,3, 424,1 y 2) si bien éste debe preferir a determinados sujetos según un criterio de designación predeterminado. Pero si tales personas no existen o no reúnen los requisitos exigidos, ante el silencio de la Ley, *‘nel caso concreto potrebbe risultare determinante a tal proposito anche un suggerimento implicitamente fornito dallo stesso interdetto negli atti da lui compiuti al tempo in cui aveva ancora piena capacità di agire. Tale designazione ovviamente non vinculerà il Giudice Tutelare’*. Pero en un caso concreto, también podría decidirse un poder general conferido mediante acto público por un sujeto, ya enfermo pero todavía en estado de entender y de querer, pero bajo la condición resolutoria legal por la cual, cuando la enfermedad le provoque la incapacitación, el Juez Tutelar no decida nombrar al mismo representante como tutor.

4º. Para *Francia*, se ha solicitado informe al Notario Paul Chardon, de Paris, pero no se ha recibido respuesta alguna.

5º Y por lo que respecta a *Portugal*, tambien nos hemos dirigido a don José Joaquín de Carvalho Botella, Notario de Lisboa, de quien estamos a la espera de obtener algunos datos de interés.

G/ Fundamento.

1. Un fundamento *moral* que los autores invocan: hay que considerar inalienable el derecho de cada ser humano a la vida, así como a optar libre y personalmente, en tanto es capaz, de cómo desea sobrellevar el último tramo de su existencia. El ser humano, aunque incapaz, sigue siendo persona. Se busca, sobre todo, el bienestar del afectado, su asistencia personal y el fortalecimiento del cuidado de la persona: sus solicitudes, deseos y propuestas deben ser vinculantes, en la medida en que se pueda dar adecuado cumplimiento a todo ello. Hay que dar más importancia a las cuestiones de carácter personal que a las patrimoniales. En Alemania, bajo el sistema del BGB vigente hasta 1990, el aspecto patrimonial era tan importante que hubo tutor que llegó a administrar más de cien patrimonios de otras tantas personas tuteladas.

2. Para Bercovitz³²⁹ las nuevas orientaciones *psiquiátricas* tratan de salvaguardar al máximo los derechos y la facultad de *autodeterminación* de los afectados. La nueva Ley alemana se plantea como objetivo fundamental intervenir lo menos posible en la esfera de la persona, y respeta su facultad de autodeterminación.

3. Pero los fundamentos *jurídicos* son numerosos. Cualquier norma legislativa al respecto, tendría un posible apoyo en nuestra Constitución. Según el artº 39,1: 'Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y *jurídica* de la familia'; y el artº 49 dispone que los poderes

públicos realizarán una política de *previsión*, tratamiento, rehabilitación e integración de los *disminuidos* físicos, sensoriales y *psíquicos*, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos fundamentales que se otorgan a todos los ciudadanos. Este artículo supone la superación del antiguo esquema patrimonialista de estas instituciones familiares para abrirse a un sistema de protección de la persona más adecuado con los principios constitucionales.

Existe una razón importante para que se reconozca como esencial la función que puede desempeñar esta modalidad de *tutela*. Con especial referencia a la legislación argentina, pero que vale como para ser generalizada, tenemos la opinión de los antes citados Taiana y Llorens: 'La ley vigente, de forma y de fondo, trata al incapacitado de peor manera que si hubiera muerto, sin ofrecerle garantías para el caso de su recuperación'. El posible incapaz queda en manos de un extraño, un profesional sin preparación afín ni especializada, en muchos casos por la inexistencia o el desinterés de sus familiares, y es el Estado el que suple la voluntad del presunto incapaz y decide por él la persona de su protector, a quien entrega su cuidado y su patrimonio, que se desempeñará sujeto al control jurisdiccional y del ministerio popular, impersonal y burocrático. Y concluyen: 'Si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte (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-?'³³⁰.

Para Sánchez Torres³³¹, antes que el fenómeno del cariño o del afecto (*tutela testamentaria*), y antes, naturalmente, que otros más distanciados sentimientos, expresos o presuntos (*tutelas 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

³²⁹ Rodrigo Bercovitz: *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, 1976, p. 35.

³³⁰ En los trabajos citados en anteriores notas 161 y 299, respectivamente: *El derecho de autoprotección...*, p. 22; y *Disposiciones y Estipulaciones...*, p. 6.

³³¹ Eloy Sánchez Torres: O.c. en nota 267 anterior, ps. 348 y 349.

favorecer. Y, en última instancia, concluye, 'se trata de una manifestación práctica, una faceta de los *derechos sobre la propia persona*'. Igual opinión sostiene Castro Lucini, que tras considerar, a falta de solución prohibitiva, esta manifestación de los derechos de la propia persona, concluye afirmando que 'nadie mejor que el mismo interesado podrá nombrar una persona de su confianza'³³².

Hay que insistir en que toda la armadura de la institución tutelar descansa sobre la premisa de que su imperativo inexcusable es el *beneficio del tutelado*. Por eso, estima Crehuet³³³ que si convenimos en que la tutela se da en beneficio del incapacitado y no es un atributo para la pro de padres y parientes, y el incapacitado antes de serlo ordena quién y cómo ha de defenderle y asistirle ¿qué principios éticos ni jurídicos se vulneran con que tal ordenación se efectúe y cumpla? ¿Quién querrá más su beneficio que aquél a quien le ha de aprovechar la guarda en trance adverso y a las veces de duración tan indefinida como la de la propia existencia?

La libertad del ser humano para autoregularse, señala Rivas Martínez³³⁴, en definitiva, tiene su origen en lo que por antonomasia se denomina *autonomía de la voluntad*. En el mismo sentido, Badosa³³⁵ afirma que el fundamento de la regulación de la *autotutela* está en la facultad de autoregulación del mayor de edad, cuya base legal se halla en el artº 323 del Código civil: *regir su persona y bienes*. Se trata únicamente de extender esta legitimación no sólo al presente sino al futuro, proyectando la legitimación actual a una situación futura.

Para García-Granero³³⁶ cabe apoyarse en nuestro ordenamiento para concluir en la admisión de la figura, y de modo especial en los artículos 223 (por analogía: '*los padres podrán nombrar tutor...*') y 322 del

³³² Francisco Castro Lucini: *Temas de Derecho de Familia*, Contestación a los Programas de Oposiciones a Notarías y Registros. Madrid, 'AGISA', 1989, p. 421, citado en nota 321.

³³³ Crehuet, en O. c. en nota 266 anterior, p. 16.

³³⁴ En *Disposiciones y estipulaciones...*, citado en nota 272, p. 195.

³³⁵ Badosa, en O.c. en nota 269, p. 923.

³³⁶ Ana-Victoria García-Granero: O.c. en nota 96, p. 209.

Código civil (*'el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil'*, y el propio Código no establece excepción alguna a esta facultad); la plena capacidad del tutelando, sometida a la condición semejante a la contemplada en el artículo 1.334 del mismo Código para el futuro matrimonio, no crea un nuevo sistema de tutela; no vulnera el principio de *tutela de autoridad*, etc.

Esta razón de *analogía* es invocada, asimismo, por Romero Candau³³⁷, cuando dice que si cualquier persona y entre ellos el presunto incapaz, puede prever su situación e instar el procedimiento, con mayor motivo el propio incapaz podrá, como sus padres, ordenar su tutela.

Es general la opinión de que este criterio inspira toda la institución tutelar y justifica su admisión; y si en algunos casos menores e incapaces pueden designar tutor para otros, con mayor razón la persona plenamente capaz ha de poder nombrárselo para sí misma, antes de la incapacitación. Las limitaciones a la capacidad deben ser entendidas siempre de modo muy restrictivo, pues toda norma habrá de entenderse y aplicarse, si no consta lo contrario, en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos esenciales de la persona (Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1983 y 18 de enero de 1985).

De lo que no hay duda es que en Derecho positivo común español no hay norma prohibitiva ni permisiva *expresa*.

H/ Naturaleza jurídica.

Es evidente el gran parecido de esta figura con el *mandato* y con el *testamento*. Para Crehuet³³⁸, y con referencia al acto en que se defiere la *tutela fiduciaria*, 'no es contractual, ni bilateral, sino extraordinario y de extremo parecido con el *testamento*', y concluye que esta figura no es sino

³³⁷ Pedro-Antonio Romero Candau: *Posibilidades de autoprevisión...*, O.c. en nota 291, p. 460.

una comisión o mandato *sui generis* que, en cuanto tal, no se extinguiría, a tenor del artículo 1.732 del Código civil, por la declaración de loco, demente o imbécil del mandante.

Considerándolo como un acto cuya legalidad es difícil de negar, la *autotutela*, a juicio de Sánchez Torres³³⁹ encaja en el grupo de actos *inter vivos* o *mortis causa* que no tienen obligado matiz económico, pese al lema de Fioretti, sobre el contenido necesariamente monetario del Derecho civil. Y la considera, asimismo, como un *mandato*, que amplía las delaciones tutelares tradicionales del Derecho romano en que se apoya y descansa.

A la semejanza entre la institución y el *albaceazgo* se refiere Rodríguez Arias³⁴⁰, en base a la autonomía de la voluntad para configurar relaciones jurídicas; y considera asimismo la similitud entre tutela y la *herencia en favor del alma*. No ve inconveniente alguno para que la designación de tutor suponga un acto *inter vivos* mediante lo que pudiéramos calificar de *mandato tutelar*. En base a la analogía con la designación de tutor testamentario, propone la denominación de *cuasi testamento*.

Por otra parte, la situación de quien deviene *incapaz* pudiera asimilarse a quien se constituye en *ausencia*. Pero ésta, como hemos visto antes, se limita a nombrar un defensor a las *personas capaces* desaparecidas de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ellas más noticias, a fin de que las represente en aquellos negocios que no admitan demora sin perjuicio grave (Código civil, artículo 181). Por el contrario, aquí nos interesa proteger a una persona que existe físicamente, pero que no puede atender a sus cuidados de persona y bienes por falta de capacidad para ello.

³³⁸ Crehuet: O.c. en nota 266, ps. 19 y 26.

³³⁹ Sánchez Torres: O.c. en nota 267, ps. 348 y 349.

³⁴⁰ Lino Rodríguez Arias: O.c. en nota 268, ps. 118 y sigs.

Para Albácar³⁴¹, según hemos visto, no hay que olvidar el carácter *supletorio* de la tutela, institución cuasi familiar, respecto a la patria potestad, y cita en prueba de ello la STS del 12 de julio de 1985. Claro que esta opinión habrá que limitarla a la tutela de menores.

Estamos intentando articular un organismo que provea al cuidado y guarda de una persona, así como de su patrimonio, para después de que esta misma persona deje de ser capaz de obrar, pero para antes de su muerte. De ahí que no sea equiparable a las disposiciones testamentarias. La *autotutela* no se basa en un *testamento*, porque éste es un acto 'por el cual una persona dispone para *después de su muerte* de todos sus bienes o de parte de ellos' (artículo 667 del Código civil). Buscamos algún resorte que nos valga para antes de esa misma muerte, para cubrir el vacío legal entre la extinción del mandato por incapacitación del mandante, y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos inmediatos durante la vida del testador.

a/ ¿Puede ser, realmente, un *mandato*? Ya conocemos el inconveniente de su *caducidad* y de su ineficacia por *incapacidad* del mandante. Quedaría desnaturalizado si le atribuimos eficacia después de la incapacidad del mandante; pues siendo de esencia, según opinión general de la doctrina, la revocabilidad que impone la base de confianza en que se funda, si el mandante pierde esta posibilidad al incurrir en incapacidad, desde ese momento consideramos que queda ineficaz el mandato, pues en otro caso lo haríamos irrevocable definitivamente. Cabrera Hernández acepta la solución del poder, si bien con la renuncia del poderdante a su facultad de revocar, que entiende no ser de esencia en el mandato, y siempre que éste sea otorgado con la previsión y de modo muy especial, para el supuesto único de ser el mandante declarado incapaz en el futuro³⁴².

³⁴¹ J.L. Albácar y Mariano Martín Granizo: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 4ª ed., Tomo I, 2. Trivium, 1995, p. 223, citado en nota 136.

³⁴² José María Cabrera Hernández: *La modificación del nº 3 del artículo 1.732 del Código civil*, citado en nota 258, p. 125

En su primitiva redacción, el artº 1.732 del Código civil disponía que el mandato se acababa: '3º. Por muerte, *interdicción*, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario'. Entendían Pérez y Alguer que la palabra *interdicción* se debía interpretar en el sentido de toda causa de *incapacidad* que inhabilita al *mandatario* para llevar a efecto los actos comprendidos en el mandato, y la *insolvencia* significaría 'declaración en concurso'. Así lo entienden los Códigos italianos de 1865 (artículo 1.757) y 1942 (artículo 1.722), que por *interdizione* entienden 'incapacidad total'. De acuerdo con esta interpretación, el mandato queda ineficaz por la incapacitación del *mandatario*. Pero nada dice acerca de la incapacitación del *mandante*, y si es así, por esta última causa no queda acabado el mandato, lo que equivale a la subsistencia del que se haya otorgado para nombrar tutor. Por nuestra parte, creemos que no cabe esta interpretación tan generosa, ya que las causas de extinción del mandato que cita el párrafo citado se refieren a uno y otro sujeto de la relación jurídica, cualquiera que sea la interpretación que se formule.

Pero la Ley 6/1984, de 31 de marzo, suprimió del párrafo 3 del citado artículo la *interdicción*, en una reforma de ajuste que tiene su origen en la desaparición de la *pena de interdicción civil* del Código penal. El diputado García Amigo³⁴³ entendía que 'esa interpretación extensiva de la expresión *interdicción civil* que se ha hecho hasta ahora debe seguir en vigor para que se pueda entender la incapacitación como causa de resolución de los contratos personalistas, concretamente el de sociedad y el de *mandato*'.

Es evidente que la misma palabra 'interdicción' no tiene el mismo sentido en el Código civil que en el penal, por lo que, suprimida la pena en éste, no hay razón para que en el primero siga el mismo destino.

De todas maneras, la doctrina admite que la relación de las causas de *extinción* del mandato contenidas en el citado artículo 1.732,3 no son

³⁴³ *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados. II Legislatura, nº 87, 20 de diciembre de 1983, p. 4.147.

las únicas. Así, Manresa³⁴⁴ entiende que el mandato se extingue también por el mutuo disenso y por ejecución del mismo, entre otras causas generales de extinción de las obligaciones; y Puig Brutau³⁴⁵ dice que resulta patente que el citado artículo no incluye todas las causas por las que puede quedar extinguido el mandato, sino las más características y destacadas en comparación con las que determinan la extinción de las obligaciones en general. Por su parte, Castán³⁴⁶ considera que el mandato se extingue también por el transcurso del tiempo o plazo para el que se ha dado, por la imposibilidad de llevarlo a cabo, por la celebración y ejecución del contrato, y muy especialmente, por restringir la *capacidad de obrar* o aminorar la confianza recíproca, base del contrato, etc.

En resumen, no existiendo en nuestro ordenamiento una norma como la del § 672 del BGB alemán, que en caso de duda mantiene la vigencia del mandato aunque se produzca una incapacidad negocial, debemos concluir que la incapacitación del mandante extingue el mandato y, por tanto, quedarían inválidos los nombramientos que el mandante hubiera hecho para el caso de que en el futuro llegue a perder su capacidad. A la misma conclusión, si bien de manera expresa, llegaba el Código civil soviético que en su artículo 260 disponía que 'el mandato se extingue... b) al morir el mandante, al ser declarado *incapacitado para obrar*, ausente en ignorado paradero o en quiebra'. El nuevo Código civil de la Federación Rusa, de 1995, dispone en su artículo 188, que el mandato se extingue por incapacidad de mandante o de mandatario.

Aunque no es materia específica de nuestro estudio, la posibilidad de un 'mandato irrevocable' nos presenta la posibilidad de la 'autotutela'. Tendremos ocasión de tratar este aspecto al estudiar su 'forma'.

³⁴⁴ Manresa: *Comentarios al Código civil español*. Reus, Madrid, 1950, tomo XI, p. 559.

³⁴⁵ José Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho civil*. Bosch, Barcelona, 1956, tomo II, volumen II, p. 375.

³⁴⁶ José Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*. Reus, Madrid, 1953, 7ª edición, IV, p. 502.

b/ ¿Es *unilateral*? Entiende Rodríguez Arias³⁴⁷ que esta designación de tutor para uno mismo no sería contractual, sino unilateral, porque siendo la tutela institución obligatoria y de orden público, la designación se impondría sin necesidad de aceptación del llamado. También Albácar³⁴⁸, de acuerdo con Lete del Río, acepta el carácter unilateral de la designación tutelar. Respecto a la designación por los padres, Rogel Vide coincide con Cano³⁴⁹ en que la designación de tutor es también un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuanto implica una manifestación de voluntad unilateral y no recepticia, protegida por el ordenamiento jurídico³⁵⁰.

Considera Rivas Martínez³⁵¹ que, en el sentido de estar formado por la sola declaración de voluntad del otorgante, la designación de tutor para sí mismo no necesita la concurrencia de ninguna otra. Estamos ante un negocio perfecto desde el instante en que esa voluntad se emite con las formalidades requeridas por la Ley, sea testamento o documento público notarial. 'La declaración de voluntad gana sustantividad e independencia sin necesidad de ser recibida por un especial destinatario'. Y del mismo parecer es también García-Granero, para quien la comparecencia del llamado a ser tutor no es necesaria ni conveniente³⁵².

c/ ¿Es *inter vivos* o *mortis causa*? Ya vimos anteriormente la perplejidad o complejidad de algunas opiniones al respecto. Dice García Cantero³⁵³ que en el caso de disposición testamentaria del padre o de la madre, designando tutor, nos hallaríamos ante una declaración de voluntad *inter vivos* destinada a producir efectos *post mortem* del disponente.

De acuerdo con esta clásica distinción y los elementos básicos de la misma, parece que nos hallamos ante una especie *híbrida* o mixta, que por

³⁴⁷ Rodríguez-Arias: *La Tutela*, O.c. en nota 268, p. 121.

³⁴⁸ J.L. Albácar y M. Granizo, en *Código civil...*, citado en anterior nota 136.

³⁴⁹ Cano: *Nueva regulación de la tutela*. Madrid, 1984, p. 46.

³⁵⁰ Carlos Rogel Vide: *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. Artº 323, p. 698.

³⁵¹ J.J. Rivas, en *Disposiciones y estipulaciones...*, O.c. en nota 272, p. 225.

³⁵² Ana-Mª García-Granero: *La autotutela...* citada en nota anterior 96.

³⁵³ Gabriel García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, citado en nota 155, p. 415. También en *Los principios de la nueva normativa de la tutela*, en 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', julio/1985, p. 96.

una parte admite y por la otra rechaza los elementos y las notas características de unos y otros de aquellos tipos de negocios. Si fuera admisible la separación de los últimos en dos momentos, *ante mortem* y *post mortem*, colocaríamos la figura cuyo estudio nos ocupa en el primero de ellos. Ya quedó dicho anteriormente que el incapacitado sometido a tutela está vivo, si bien es incapaz de ejercitar sus derechos como cualquiera otra persona viviente, aunque no puede actuar como tal en este periodo que podríamos llamar *ante mortem*; pero tampoco estamos en el caso de apertura de la sucesión *mortis causa* en su periodo *post mortem*. Es lo que parece sugerir Rivas Martínez³⁵⁴ al decir que en el caso de la 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. Ventoso llega a fundamentarla también en la *contemplatio mortis*. Para Campo Güerri se trata de regular las relaciones jurídicas antes de la muerte, pero para tiempo de *post capacitem*³⁵⁵.

Debe destacarse el aspecto *condicional* de esta nueva figura, ya que su eficacia queda subordinada no sólo a su vigencia al tiempo de producirse la declaración de incapacidad, sino a que ésta llegue a declararse. Se trata, por tanto, de un negocio bajo *condición suspensiva*, si bien pudiera pensarse que se trata más bien de una *conditio iuris*.

I/ Caracteres.

Se suele considerar que la constitución de la autotutela se produce en virtud de un acto que tiene estos caracteres:

- es propiamente un *negocio jurídico*: declaración de voluntad dirigida a la creación o modificación de una relación jurídica;

³⁵⁴ J.J. Rivas, en o.c. en nota 272, p. 231.

³⁵⁵ Miguel Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado', nº 34, abril-junio 2000, p. 22.

- *intervivos*, con eficacia en vida del titular, no después de ella, si bien desplegará su eficacia cuando el disponente sea declarado incapaz de hecho;
- *gratuito*, por regla general, si bien cabe disponer una retribución y las modalidades de la misma;
- *unilateral*, según acabamos de ver, porque se perfecciona con la sola voluntad del otorgante, sin que sea necesaria la aceptación del llamado o llamados;
- *solemne*, sometido a ciertos requisitos formales, como suelen ser los negocios del Derecho de familia;
- *recepticio*, o sea, va dirigido a uno o más llamados, cuya aceptación es necesaria para la producción de efectos;
- *personalísimo*, ya que solo el titular es el único que puede ejercitar este derecho, conector de la confianza que le merece el designado, sin que quepa hacerlo por medio de representante;
- *principal*, con sustantividad propia, sin dependencia de ninguno otro;
- *atípico*, carente de regulación en el Derecho común español;
- de carácter *familiar*. Es un negocio jurídico que se incluye dentro del Derecho de familia, aunque no se desnaturaliza por su posible contenido patrimonial;
- esencialmente *revocable*, en los términos que veremos más adelante.

J/ Clases.

1. Distingue Rodríguez Arias³⁵⁶, a quien, entre otros, siguen el Profesor Badosa³⁵⁷ y el Notario Castillo Tamarit³⁵⁸, dos tipos en esta figura de la *autotutela*:

a) *positiva*, que consiste en el nombramiento de una o varias personas para el ejercicio del cargo, lo que, en cierto modo, la asimila al albaceazgo, al dar continuidad a la voluntad de personas en situación de no poder manifestarla válida o físicamente; y

b) *negativa*, en la cual el presunto incapaz excluye para el cargo a la persona o personas que expresamente designa. Esta exclusión que está aceptada por el artículo 245 del Código civil para el caso de que la tutela sea ordenada por el padre o por la madre, no parece de imposible aplicación si es ordenada por el propio tutelado, ya que si el mismo artículo la acepta, es a salvo de que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa más conveniente al beneficio del incapacitado. La delación negativa también la admiten, entre otros, Pérez Sauquillo y Garrido Melero³⁵⁹.

2. Creemos que ambos supuestos son de posible aplicación a nuestro Derecho, por las consideraciones siguientes:

a) en favor de la *positiva*: quienes aceptan la autotutela la relacionan con la designación testamentaria que regula la situación patrimonial del titular una vez extinguida su personalidad. Se oponen a ella quienes insisten en que quien nombra tutor es un presunto incapaz cuya voluntad es, por lo menos, sospechosa; así como los que entienden que es inútil y su escasa frecuencia la hace innecesaria, como se alegó con no mucho fundamento en la discusión parlamentaria de la Ley 13/1983. Pero no vale

³⁵⁶ Rodríguez-Arias: *La Tutela*, citada en nota 268, p. 121.

³⁵⁷ Ferrán Badosa Coll: *La Autotutela*, citada en nota 269, p. 911.

³⁵⁸ J. V. Castillo Tamarit: *Tutela, Autotutela, Protección...* O.c. en nota 277, p. 41.

³⁵⁹ Pérez Sauquillo: O.c. en nota 271, p. 445; y Garrido Melero: O.c., en nota 278, p. 21.

este argumento, ya que el nombramiento debe hacerse en situación de capacidad plena de quien lo hace.

b) en favor de la *negativa*: parece que hay en la doctrina cierta unanimidad en admitirla. Para Rodríguez Arias, no hay duda de que nuestra legislación permite al presunto incapaz formular por acto *inter vivos* su oposición a que determinadas personas desempeñen la tutela en el supuesto de su futura incapacidad. Hoy esta posición parece generalmente aceptada al amparo de la redacción del artículo 244 del Código civil: *'Tampoco pueden ser tutores: ... 2º. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado'*.

3. En ocasiones, puede parecer más útil la fórmula negativa que la positiva; es decir, más que designar a una o varias personas, lo que desea el disponente es proceder a excluir a alguna o algunas de ellas por ciertos motivos que, a veces, sería conveniente exponer para dejar despejadas posibles dudas.

En los últimos años, se han presentado casos recogidos en los medios de difusión e información en los que se ha dado el supuesto de hecho que, por sí solo, bastaría para excluir a algunas personas que, de no haber declaración en contrario, podrían ser llamadas a tutelar a los incapaces.

En abril de 1991, la Sala Primera del Tribunal Supremo revocó dos sentencias que declaraban la incapacidad de una mujer, propietaria de varios inmuebles en Zaragoza, para regir su persona y bienes, a instancias de su hija, la cual reclamaba el ejercicio de la tutela sobre su madre para internar a ésta en una clínica psiquiátrica y poder vender dichos inmuebles. Se demostró que la tal hija no había visitado a su madre a lo largo de los dos años anteriores. Es fácil imaginar cómo habría de ser desempeñada la tutela, así cómo habría actuado la madre si llega a saber que, mediante una disposición notarial, podría excluir a su hija de que llegare a ser su tutora.

Un Juez de Manlleu decretó la prisión incondicional en 1996 para un varón de 40 años, acusado de intentar envenenar a su madre, de 72, con la cual convivía. ¿Qué tutor pudo haber sido este hijo para su madre? ¿No lo hubiera impedido ésta, de conocer su situación y sus posibilidades?

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en abril de 1998, reconoció validez a un testamento ológrafo otorgado por un enfermo de sida, en el cual nombraba dos albaceas y desheredaba a sus hermanos 'y demás familiares' porque, al contraer la enfermedad, le abandonaron, aunque se acordaron de él al producirse su fallecimiento. Y pese a no contener institución de heredero, la validez se mantuvo por entender el Tribunal que este requisito se había cumplido con el nombramiento de los albaceas, porque 'cabe pensar que la voluntad del testador fue atribuir a los albaceas las facultades propias de los herederos para asegurar que, una vez producida su muerte, se cumpliera exactamente su voluntad'.

Los desgraciadamente más frecuentes casos de violencia doméstica, cuando no llegan a ser conocidos o no intervienen las autoridades, pueden no constituir graves impedimentos para que lleguen a poder ser tutores los agresores, a quienes probablemente llamaría la ley para el cargo de cuidar de la persona y los bienes de sus víctimas. La mujer asesinada en Granada por su propio hijo, o la madre que mata a su hija al arrojarla por la ventana, son los últimos acontecimientos de esta serie de dramas humanos a los que corremos el riesgo de acostumbrarnos.

Otros casos se dan en los que los padres, un matrimonio de ancianos, tiene que huir de su casa ante las amenazas de muerte de su hijo, que vivía con ellos en el mismo domicilio. O en el de una niña que se niega a volver a casa de sus padres porque de ellos no recibe más que maltratos. ¿Qué dispositivo de tutela familiar se hubiera podido constituir en cualquiera de estos casos? Más recientemente, la muerte de una anciana en Lesaca, Navarra, que mostraba hematomas por todo el cuerpo, pudo revelar los maltratos a los que la sometía su hijo.

Porque la presunción de afectividad que establece el Código civil para el nombramiento de tutor en su artículo 234, puede quedar desvirtuada, desgraciadamente, en algunos supuestos. Pero siempre el Juez, 'en resolución motivada', decidirá lo más conveniente al interés del tutelado.

K/ Elementos personales. Se refieren a la persona que puede ser tutor y a la que puede nombrarlo.

1. La persona del *tutor* apenas suscita problemas que no se encuentren en la teoría general de la tutela. Pero introducida por el nuevo artº 242 del Código civil la posibilidad de que sean tutores las '*personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*', hay que plantearse la interpretación de este precepto con cierta amplitud, considerando incluidas aquellas otras que cuenten entre su objeto social actividades genéricas de recuperación y rehabilitación de enfermos mentales de cualquier clase. Esta posibilidad ya había sido apuntada con ocasión del 'Primer Proyecto de Reforma' del equipo dirigido por el Profesor Díez-Picazo, en su artículo 246, que proponía deferir a un establecimiento público o institución la tutela de quien se encontrara recogido en el mismo; iba dirigido a todas las asociaciones de asistencia y atención que tan meritoria labor realizan con los deficientes psíquicos. La Comisión General de Codificación aceptó la propuesta, y en el artículo 242 del Proyecto la limitó a '*las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa*'. Y así fue recogida la novedad en la Ley 13/1983. No prosperó la idea de que pudieran ser tutores, '*previa autorización judicial*', los directivos de dichas personas jurídicas, ni las que persigan objetivos *afines*³⁶⁰. Con todo, constituye una de las más sobresalientes novedades que introdujo la Reforma, como lo puso de

³⁶⁰ Rafael Zapatero González: *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', julio/1975, ps. 77 y 78.

relieve el Ministro de Justicia en la presentación del texto del dictamen de la Comisión de Justicia ante el Pleno del Congreso³⁶¹.

Estas condiciones o prohibiciones para las personas jurídicas no suponen ninguna discriminación hacia las mismas, sino que son aplicación a éstas de similares normas limitativas que se imponen a las personas físicas. En uno y otro caso no constituyen sino garantías para el mejor ejercicio de la tutela que se atribuye a personas idóneas para lograr el mayor beneficio del tutelado.

De conformidad con el citado artículo 242, para que una persona jurídica pueda ejercer la tutela, el Profesor Castán Vázquez³⁶² considera necesarios estos requisitos:

1º. Que se trate de persona jurídica válidamente constituida y legalmente reconocida en España,

2º. Que no tenga finalidad lucrativa; lo que excluye de la tutela a las sociedades, y admite a las asociaciones, corporaciones y fundaciones; y

3º. Que entre sus fines consten la protección de menores o incapacitados.

No creemos que, por mucha amplitud que se reconozca a la autonomía de voluntad del disponente, éste pueda dispensar de alguno de estos requisitos a la persona jurídica que designe.

Ésta es una de las más acertadas novedades de la reforma, como dice Alberto Serrano, que, como muchos otros autores, coincide con lo que

³⁶¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura. 24 de mayo de 1983, nº 39, p. 2.751.*

³⁶² José María Castán Vázquez: *La reforma de las instituciones tutelares*. Conferencia 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. Y en el mismo sentido, Blanca-María Escalonilla Morales, Magistrado-Juez: *Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas*. Escuela Judicial, Consejo Superior del Notariado, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 290.

puso de manifiesto el Ministro de Justicia en la presentación del Proyecto de Ley al Congreso³⁶³, Aunque autores, como García Cantero³⁶⁴, encuentran algunos atisbos de esta figura en el Derecho derogado, si bien para casos especiales, como el anterior artículo 212 del Código civil. No obstante esta aceptación tan general, hubo alguna discrepancia que ironizó sobre la medida y manifestó entender improcedente esta concesión en favor de las personas jurídicas, que en un camino ascendente ‘podría llegar hasta permitirles el matrimonio’.

Ya había advertido Ferrara³⁶⁵ que 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 obstáculo, pueden competir a los entes ideales’. Las personas jurídicas, añade, están fuera del Derecho de Familia, pero son capaces de entrar en aquellas relaciones que, sin presuponer vínculos de sangre, se resuelven en el ejercicio de una potestad de protección; por ejemplo, *la tutela*. Desde mediados del siglo XIX es continua la ampliación de funciones asumidas por las personas jurídicas: ya en la esfera del Derecho de Sucesiones se las viene considerando idóneas para la administración de la herencia o el desempeño del cargo de albacea. En definitiva, las facultades conferidas al Juez son la mejor garantía de que la designación de una persona jurídica para el desempeño del cargo de tutor y el ejercicio del mismo pueden resultar beneficiosas para el tutelado.

Es tradicional en la mayoría de los Códigos civiles del siglo XIX la disposición que atribuye la tutela de niños abandonados, huérfanos, etc. que no tengan parientes conocidos, a los Hospicios o a otras instituciones donde son recogidos, y que pueden designar a uno de sus administradores para ejercer las funciones de tutor. Pero ha de entenderse que estas relaciones, como pertenecientes a la organización familiar fijada

³⁶³ Alberto Serrano Molina: *La remoción del tutor*. Universidad Pontificia de Comillas, ICAI/ICADE, Madrid, 1999, p. 205. También el Ministro Ledesma en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, citado anteriormente, nº 39, 24.5.83.

³⁶⁴ García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, citado en nota 155, p. 427.

³⁶⁵ Francisco Ferrara: *Teoría de las personas jurídicas*. Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 781.

inderogablemente por razones de orden público, no pueden afectar a las personas jurídicas sino en cuanto la misma ley disponga. Hoy ya está generalmente aceptada esta posibilidad, y aún se reconoce que se trata de una disposición altamente beneficiosa para los tutelados.

La reciente Ley japonesa 149/1999, de 8 de diciembre, contiene una profunda reforma de esta materia de la capacidad de obrar, la tutela, la curatela y con la novedad de la 'asistencia'. Contempla esta posibilidad de que una persona jurídica ejerza el cargo de tutor, si bien su artículo 843 exige que se tenga en cuenta 'la clase y el fin de la empresa, así como la existencia o no de relaciones de intereses entre la persona jurídica, su representante y el mayor que vaya a ser sujeto de tutela'.

Para la tutela de los menores, el artículo 1.791/a del Código civil alemán permite que una institución con capacidad jurídica pueda ser nombrada tutor si previamente ha sido declarada idónea para ello por el Centro de asistencia a la juventud del *Land* en cuestión, pero solamente si no existen personas físicas idóneas para serlo, o si ha sido nombrada tutor por los padres.

De conformidad con la reforma española de la adopción de 1987, y aplicando la analogía entre menores e incapacitados, habrá que entender que las entidades públicas que en el territorio de su respectiva Comunidad tienen encomendada la exclusiva protección de menores, la tendrán también para la de incapacitados, si bien no en exclusiva³⁶⁶. Por lo demás, son aplicables a la *tutela negativa* los artículos 243 a 245 del Código civil.

La tutela de *autoridad* no excluye totalmente a la de *familia*, ya que ésta siempre podrá y deberá ejercer algunas facultades, sobre todo en el caso de deficientes psíquicos o mentales. En particular, dice García Cantero³⁶⁷ que es buena la posibilidad de designar como tutor a una

³⁶⁶ Un caso de persona jurídica tutora, la 'Asociación de enfermos mentales de Cataluña', se da en la STS de 22 de julio de 1993, confirmando la tutela 'en beneficio del tutelado'.

³⁶⁷ Gabriel García Cantero: *Los principios de la nueva normativa de la tutela*, en 'Revista de Legislación y Jurisprudencia', julio/1985, p. 97.

persona jurídica, lo que permitirá a las Asociaciones de Padres de esos enfermos para prolongar en el tiempo una labor de cuidado y protección. Elogia este autor la reforma en tal sentido, que constituye un reto a la eficacia organizativa de la sociedad, y acaso conlleve a la estructuración del profesional dedicado a actividades tutelares, o sea, al que no muy apropiadamente se podría denominar *tutor profesional*. Para Garrido de Palma, la previsión del artículo 242 es digna de elogio, y los entes que se dedican a ello sin ánimo de lucro no sólo alabanza merecen, sino también protección y atención legal; pues permite que, al lado de la legal tutela de la autoridad judicial, cabe la tutela de familia con un órgano sencillo, flexible y operativo³⁶⁸.

Por su parte, a juicio de Pérez-Sauquillo³⁶⁹, la realidad práctica demuestra la utilidad de la tutela confiada a las personas jurídicas, pese a la prohibición general que afecta a quien desempeña algún cargo tutelar de recibir liberalidades del tutelado, o de representarle cuando intervenga en nombre propio, conforme al artículo 221 del Código civil.

Bercovitz³⁷⁰ excluye a las sociedades civiles y a las mercantiles; por lo que podrán ser tutoras otras personas jurídicas como las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley, conforme al artículo 35,3 del Código civil. También García Cantero³⁷¹ entiende que la ley, al exigir que la persona jurídica carezca de finalidad lucrativa, elimina acertadamente las sociedades civiles y las mercantiles, quedando limitadas, en principio, a las asociaciones, corporaciones y fundaciones en cuya normativa estatutaria figuren tales fines específicos, de manera expresa e indubitada. Sin que basten fines genéricos de carácter educativo o asistencial, si bien este requisito, para Sancho Rebullida³⁷², debe interpretarse con cierta laxitud y con criterio de analogía.

³⁶⁸ Víctor Garrido de Palma, Notario de Madrid: *Derecho de la Familia*. Editorial Trivium', Madrid, 1993, p. 155.

³⁶⁹ Marcos Pérez-Sauquillo Pérez: *Reflexiones sobre la reforma de tutela...*, 'Revista de Derecho Notarial', enero-marzo/84, p. 441.

³⁷⁰ Rodrigo Bercovitz: *La marginación de los locos...* O.c. en anterior nota 143.

³⁷¹ García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, O.c. en nota 155, p. 428.

³⁷² Sancho Rebullida: Apéndice al *Derecho de Familia*, Barcelona, 1983, p. 22.

Algunos autores, como Lete del Río y Gómez Oliveros restringen la referencia del Código civil a las personas jurídicas no dependientes del Estado; en tanto otros, como Bercovitz, entienden que son éstas, precisamente, las que frecuentemente se encuentran al cuidado de menores e incapaces, a través de la función asistencial del Estado, por lo que las Administraciones públicas con personalidad jurídica podrían ser las principales destinatarias de este artículo. Por su parte, José Javier Hualde³⁷³ opina en el mismo sentido, y cree que las Administraciones públicas con personalidad jurídica (Administración Central, Autonómica, Local, Institucional) podrán ser los principales destinatarios de este artículo 242 del Código civil; así como las personas eclesiásticas de todo tipo, de conformidad con el artículo 5º del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos. Y en cuanto a las cooperativas, afirma que la cuestión es problemática, dado los beneficios que los socios pretenden obtener, no obstante la función social que cumplen.

Creemos un acierto del legislador el acceso a la tutela de las citadas personas jurídicas que sin ánimo de lucro se dedican a estas atenciones sociales, pues su dedicación especializada y, sobre todo, su continuidad temporal, permitirán un mejor servicio a la persona del tutelado; y éste lo habrá de tener en cuenta, probablemente, a la hora de prever el organismo tutelar que va a velar por su persona y sus bienes.

La doctrina señala algunos *inconvenientes*, como la posible lentitud en el ejercicio de la tutela, con desventaja para el sometido a ella, si las decisiones han de ser resultado de acuerdos válidos adoptados por los órganos competentes³⁷⁴. Por otra parte, la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, cuestionada hace algún tiempo y hoy generalmente admitida si bien muy condicionada, puede presentar también algunas

³⁷³ José Javier Hualde, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986, p. 361.

³⁷⁴ García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*. O.c. en nota 155, p. 430.

cuestiones en el ejercicio de la facultad tutelar; pero, obviamente, quedan fuera de nuestro estudio.

En el 'Primer Congreso Regional sobre protección jurídica del discapacitado', celebrado en Valladolid los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2001, la segunda Ponencia sobre 'Los aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela por persona jurídica' estuvo a cargo del Notario de Madrid Ignacio Solís Villa.

2. Nos encontramos en el punto central de nuestro trabajo: ¿quién puede *nombrar tutor* para sí mismo? ¿qué requisitos de capacidad se exigen para ello?

a/ La legislación anterior a la reforma de 1983 no pudo atisbar esta posibilidad, aunque sí, como hemos visto, un pequeño sector de la doctrina; por lo que las opiniones vertidas en relación con el nombramiento de tutor se referían, siempre, para persona distinta de quien hace el nombramiento.

García-Granero³⁷⁵ exige que el disponente sea plenamente capaz, no esté judicialmente incapacitado, ni incapaz no declarado, ni incapacitado de hecho; y sea mayor de edad, o menor emancipado con asistencia. No necesita justificar la designación, y deberá hacerla personalmente, sin que valga la hecha por apoderado.

El *menor no emancipado* carece de esta posibilidad, en lo que hay unanimidad. La capacidad para testar que el artículo 663 del Código civil reconoce a quienes hayan cumplido catorce años no puede aplicarse a nuestro caso, porque el nombramiento en la *autotutela* no puede surgir del testamento, como veremos. Para Crehuet³⁷⁶ el menor, por la presunción de que mientras lo es no alcanza el grado de mentalidad y voluntariedad

³⁷⁵ Ana-Victoria García-Granero: *La autotutela en el Derecho común español*, en el 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', enero/1998, p. 216.

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, lo que él llama 'la tutela fiduciaria'. La opinión contraria es sostenida por Rivas, a quien sigue Campo Güerri, que admiten que el menor, mayor de catorce años (por analogía con la capacidad de testar), tiene capacidad suficiente para efectuar declaraciones de voluntad de autoprotección, 'sin más límite de edad que la que imponga la prudencia del Notario autorizante'; pues en cualquier caso las disposiciones que haga el menor no tendrán más fuerza que las que pueda hacer el mayor de edad, ya que serán tenidas en cuenta o no por el Juez, en cada caso concreto³⁷⁷.

El *menor emancipado* por cualquiera de las causas admitidas por el artículo 314 del Código civil, parece que, en principio, puede designar tutor para sí mismo. Así lo entienden Crehuet, Badosa, quien la fundamenta en el artículo 323 del Código civil, y García-Granero, para la cual debe obtenerse el complemento de capacidad que exige dicho artículo. La opinión contraria la mantiene Dávila Huertas³⁷⁸ para la cual la autoregulación de la tutela es un acto que debe excluirse del ámbito de actuación de los menores emancipados o de los que gozan del beneficio de la mayor edad, 'ya que en estos casos es necesario un complemento de capacidad para los supuestos mencionados en el artículo 323'.

En cualquier caso, hay que entender que la incompatibilidad esencial entre patria potestad y tutela, impide que ésta se constituya en tanto aquélla subsista respecto a los hijos mayores de edad y que vivan con los padres, en forma de 'patria potestad prorrogada', no obstante la incapacitación del hijo que, como dispone el artículo 171 del Código civil, se 'rehabilitará' la potestad de los padres en los términos que decida la resolución judicial de incapacitación.

³⁷⁶ Crehuet: *La Tutela Fiduciaria*, citada en nota 266, p. 21.

³⁷⁷ Miguel Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones...* antes citado en nota 277, p. 26.

El caso de los *locos, dementes o incapaces* puede presentar mayores dificultades. Tengamos en cuenta que nos estamos moviendo en torno a un juicio de capacidad, que precisamente fue el tema de las 'Primeras Jornadas *Aequitas*' celebradas en abril del 2002. Como dice Gordillo, la capacidad jurídica constituye un aspecto *estático* de la personalidad, en tanto la capacidad de hecho es eminentemente *dinámica*³⁷⁹. Y prácticamente se identifica con la capacidad natural o, lo que es igual, la que confiere 'la facultad de enterarse, tener conciencia del acto, y consentirlo libremente'³⁸⁰; pues no supone otra cosa más que gozar de las condiciones psíquicas adecuadas para realizar el acto jurídico de que se trate³⁸¹.

No hay duda de que una vez declarada su incapacidad nadie puede nombrar tutor para sí mismo, al no poder prestar su consentimiento al acto (C.c. 1.263,2º); y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2,3 de la proyectada 'Ley del Patrimonio Especialmente Protegido', que permite su constitución por 'toda persona con capacidad natural de querer y entender, aunque esté afectada por alguna discapacidad, salvo que esté incapacitada por sentencia judicial'. Pero en aquellos otros casos en que la locura no se manifiesta de manera repentina, sino lenta y progresivamente, es posible que quien comience a experimentar algunos síntomas de ella desee poder nombrar su propio tutor, si bien en el documento en que conste tal designación, deberá acreditarse su plena capacidad y, en caso de duda, y por analogía con lo dispuesto en los artículos 665 y 696 del Código civil, como propone la citada García-Granero, dos facultativos deberán certificar su capacidad y hacerse responsables de la misma, pues si en intervalo lúcido puede nombrar tutor para otro mediante testamento, parece lógico que proceda lo mismo en caso de otorgar el pertinente

³⁷⁸ Emelina Dávila Huertas: *Autotutela: estudio*. 'Revista Jurídica del Notariado', abril-junio/2000, p. 1.317.

³⁷⁹ A. Gordillo: *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*. Madrid, 1986, p. 34.

³⁸⁰ Rafael Núñez Lagos: *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Ponencia al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1953, p. 63.

³⁸¹ Manuel Albaladejo: *Derecho civil*. I, 1. 11ª edición, Barcelona, 1989, ps. 232 y ss.

documento público para nombrar tutor para sí mismo. En opinión de Taiana y Llorens³⁸², 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.

Bajo la anterior redacción del artículo 200 del Código civil, Crehuet³⁸³ decía que había que excluir de esta posibilidad de la *autotutela a los sordomudos que no sepan leer y escribir*, puesto que, como carecen de medios de expresión de su voluntad, es obvio que no pueden darse tutor. López Núñez³⁸⁴ dice que en el caso del sordomudo, la enfermedad o deficiencia orgánica es la sordera, porque la mudez es consecuencia de ella. 'el sordomudo no habla porque, hallándose privado de la facultad de oír, carece del natural instrumento de aprendizaje de la palabra, que es el oído'. La sordera precoz o congénita, la que sobreviene en los primeros años de la vida, lleva consigo fatalmente la mudez, y el niño sordo será también mudo; asimismo la sordera adquirida en edad adulta suele traer igualmente aparejada una funesta influencia en la expresión oral, que les deja privados de 'aquellos dos criados del alma, el uno de traer y el otro de llevar recados', en gráfica expresión de Gracián, que recoge el citado López Núñez, quien califica de apriorístico y contradictorio el sistema de nuestro Derecho en punto a incapacidad del sordomudo, diciendo que parece extraño que a una persona de cuya capacidad civil se duda, baste que sepa leer y escribir para resolver de plano esta dificultad, siendo así que puede haber sordomudos que, teniendo instrucción, sean incapaces por no saber leer y escribir. Conclusión que actualmente es difícilmente sostenible, al menos en términos tan absolutos, ya que no existe hoy el aislamiento que antaño les reducía a una situación mental y social distinta

³⁸² Taiana y Llorens: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, antes citada en nota 299, p. 78, nota 2.

³⁸³ Crehuet: O.c. en nota 266, p. 25.

³⁸⁴ Alvaro López Núñez: *Los derechos del sordomudo*. Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 26 de abril de 1916. Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Rates, Costanilla de San Pedro, nº 6. Año 1916. Contiene interesantes referencias históricas sobre obras a favor de la capacidad civil de los sordomudos, desde el año 1550.

de quienes gozan de todos los sentidos, que les privaba de la noble conversación³⁸⁵, pues hay modernos procedimientos -que, naturalmente, estos autores no podían imaginar en aquellas fechas- mediante los cuales es posible que esos sordomudos puedan demostrar de manera indubitada, y con mayor o menor precisión, cuál sea su voluntad al efecto. En nuestros días, algunos gabinetes de psicólogos ensayan posibilidades de expresión mediante el 'lenguaje de los signos', considerado como minoritario en virtud de una resolución del Parlamento Europeo de junio de 1988, que en España practican más de medio millón de personas, quienes solicitan el reconocimiento del mismo como 'lengua oficial española'. Recordemos el caso de Caty Salom, antes referido, que se expresa con el movimiento de los párpados

Si, como dice el citado López Núñez, al sordomudo hay que reconocerle dos derechos fundamentales: el de poder dejar de serlo, a no ser sordomudo; y a la enseñanza, pues la palabra enseñada al sordomudo le reintegra al mundo de la normal relación social, en este sentido, cobra creciente actualidad la campaña para el reconocimiento oficial del citado 'lenguaje de los signos', que reclaman los casi trescientos mil discapacitados auditivos que hay en España. Ya se ha dado el caso del sordomudo de nacimiento que pudo otorgar con total garantía de sus derechos civiles un contrato de compraventa, después de que dos intérpretes traductoras de la 'Asociación de Deficientes Auditivos de Badajoz' (ADABA), con poderes especiales del lenguaje de signos en español, trasladaran al mismo cada una de las palabras de su documento público según las iba leyendo el Notario autorizante³⁸⁶.

La falta de normas en nuestro Código civil para que estos 'presuntos incapaces' puedan testar puede encontrar solución acudiendo a países extranjeros que regulen en su ordenamiento alguna fórmula apta para suplir la deficiencia *física* de comunicación, en tanto nuestro Derecho no

³⁸⁵ Para Baltasar Gracián, la noble conversación es 'hija del discurso, madre del saber, desahogo del alma, comercio de los corazones, vínculo de la amistad, pasto del contento y ocupación de persona', según la cita en la página 11 de la obra de la nota anterior.

ofrezca soluciones a los problemas de estos discapacitados; asunto éste en que el Notariado muestra recientemente un enorme interés y una creciente preocupación. Aquí las garantías, en especial el examen de plena capacidad, deben llevarse al máximo.

b/ En todos los supuestos que acabamos de exponer, y, de modo especial en los dos últimos, dementes y sordomudos que no sepan leer y escribir, se puede plantear el caso de que quien desee organizar y regular su propia tutela se halle en un estado de dudosa capacidad/incapacidad que le permita/impida otorgar el acto que se propone realizar, y al Notario la autorización del mismo. No se va a presentar en los supuestos de los menores, emancipados o no, ya que esta circunstancia es de fácil apreciación, más o menos directa que nos llevará en cada caso a la presunción de incapacidad; y si acaso escapare a la apreciación del fedatario, en última instancia será resuelta por el Juez. Y es aquí donde se pueden presentar algunos inconvenientes, que recientemente estudia el Notario Torres Escámez, en cuyo trabajo recoge el parecer expuesto por A. Velasco en estos términos: 'entre todos los problemas que plantea al Notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y trascendencia como la *apreciación de la capacidad*³⁸⁷ de las personas que en ellos han de intervenir, a tal extremo que, fijada aquélla, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor'³⁸⁸. Lo que mueve a Torres a decir que si bien parece que en esta afirmación hay quizás un punto de exageración, no deja de reconocer que, asimismo, hay un fondo de verdad.

El consentimiento es el soporte en que se fundamenta el negocio jurídico; y su primer y más importante elemento es la capacidad, cuyo juicio de suficiencia es esencial y obligatorio, y debe comprobar el Notario para

³⁸⁶ La noticia, publicada en el periódico *Hoy*, de Badajoz, el 22 de junio de 2001, se recoge en el 'Boletín Notarial' nº 35, de julio de 2001, p. 10.

³⁸⁷ Precisamente *El Juicio de Capacidad* fue el tema de las 'Primeras Jornadas *Aequitas*', celebradas los días 22 y 23 de abril de 2002, en el Colegio Notarial de Madrid.

³⁸⁸ Alberto de Velasco: *Derecho Notarial*. 'Instituto Editorial Reus', Madrid, 1941, p. 157. '*El juicio de capacidad desde el punto de vista notarial*' será el tema de unas Jornadas que el Colegio Notarial de Madrid celebrará los días 22 y 23 de abril de 2002.

poder autorizar el documento³⁸⁹. En tal sentido, el artículo 156 del Reglamento Notarial dispone que *‘La comparecencia de toda escritura indicará: ... 8º. La afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el sólo 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 la exigencia se repite en el artículo 167: *‘El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho 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’*.

Para el testamento, en general, el artículo 665 del Código civil establece que *‘Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad’*. En especial, para el testamento abierto, el artículo 696 establece que el Notario *‘hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento’*, y el 698, que al otorgamiento también deberán concurrir los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado; y para el cerrado el 707,^{4º} exige que sobre la cubierta del testamento el Notario hará constar que a su juicio, el testador se halla *‘con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento’*.

Este *juicio de capacidad*, dentro de un sistema cautelar de seguridad jurídica, se nos aparece como una función genérica dirigida a que toda relación jurídico-privada nazca sin damnosidad para los actuales o potenciales titulares de los intereses a que afecta si, por especiales circunstancias no pudieran autotutelarse³⁹⁰.

³⁸⁹ Salvador Torres Escámez: *Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad*. O.c., p. 216.

³⁹⁰ José L. Mezquita del Cacho: *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Volumen II, Barcelona, 1989, ps. 213 y 214.

Por regla general, en este punto, en la mayoría de los casos bastará el examen por el Notario, mediante una discreta conversación con el interesado, para cerciorarse de que éste sabe lo que va a firmar, y que conoce sus consecuencias³⁹¹. Atinadamente observa Torres Escámez que es aconsejable que en la práctica y ante cualquier sospecha, la entrevista o conversación debe celebrarse a solas, sin la presencia de familiares o acompañantes, 'que tienden a interferir el proceso de observación del Notario'. La ciencia psiquiátrica propone un test para evaluar la capacidad intelectual en pocos minutos³⁹².

Por entender no idóneo el testamento para la autoregulación de la tutela, como tendremos ocasión de ver más adelante, no es posible la aplicación *directa* de los artículos antes citados del Código civil; pero creemos que en caso de duda cabe utilizar los medios previstos para el testamento, por una aplicación *analógica* de los mismos a los supuestos de otorgamientos de *escrituras intervivos no testamentarias* para aquella autoregulación. En contra se manifiesta Torres Escámez, porque entiende que aquellos medios se disponen para un caso muy concreto cual es el caso del incapacitado en virtud de sentencia si pretende otorgar testamento en intervalo lúcido. En nuestro caso, que estamos estudiando, todavía no ha recaído sentencia de incapacitación.

Mayor importancia tiene saber si la intervención de los facultativos es obligatoria o simplemente potestativa para el Notario, y si, en su caso, podría éste designarlos libremente. Encontramos que los términos en que el artículo 665 se expresa: '... el Notario designará dos facultativos...' lleva a la conclusión de reconocer que el Notario tiene la obligación de solicitar la intervención de peritos y la facultad de libre elección de los mismos; pero bien entendido que esta conclusión se limita al caso para que dicho precepto rige, esto es, para 'el incapacitado por virtud de sentencia...'

³⁹¹ Alberto Ballarín Marcial: *Naturaleza y clases de 'juicios' del Notario*. 'Academia Matritense del Notariado', tomo XXXV, Madrid, 1996, p. 532.

³⁹² Salvador Torres Escámez: *Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado', abril-julio 2000, nº 34, p. 219.

¿Es *vinculante* para el Notario el dictamen de los facultativos? En el caso de ser favorable a la capacidad del testador, entendemos que se puede y pese a ello se debe negar la autorización si el Notario no llega a formular su decisión afirmativa, ya que, en definitiva, es el Notario quien tiene que apreciar la capacidad del otorgante; pues los dictámenes de los peritos, todo lo más, sólo se pueden considerar como elementos, importantísimos, si se quiere, para llegar a formular aquella conclusión. Pero el definitivo *juicio de capacidad* lo expresa el Notario: así, los artículos 695 y 707,4º del Código civil en su anterior redacción, y la actual de los artículos 696 y 707,4º no dejan lugar a dudas. La expresión ‘a su juicio’ es clara, reiterada y terminante. Así piensan Rivas Martínez³⁹³ y Albaladejo³⁹⁴, entre otros, entendiendo que el dictamen pericial no equivale y, por tanto, no sustituye, al juicio del Notario; pues aún siendo aquél más apto para la cualificación técnica, el control de legalidad atribuido al Notario es de su exclusiva competencia y responsabilidad. No quiere decir esto que los peritos, en algún caso, pudieran incurrir en la responsabilidad especial derivada del artículo 665, al final. Todo lo cual sirve también para los demás instrumentos públicos, especialmente para los que regulan la autotutela por medio del adecuado, distinto del testamento.

Para la prueba *pericial* la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone en su artículo 348 que ‘el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica’. No encontramos razones para dejar de aplicar este criterio legal a los documentos extrajudiciales.

De la *jurisprudencia* se puede concluir que el juicio de capacidad del Notario suele prevalecer en los procesos judiciales³⁹⁵.

³⁹³ J.J. Rivas Martínez: *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*. Madrid, 1993, p. 49, en donde reconsidera su anterior opinión en sentido contrario, expuesta en su *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*. Madrid, 1989, I, p. 82, en la que exponía su parecer en el sentido de que el dictamen es obligatorio para Notario y testigos.

³⁹⁴ Manuel Albaladejo: *Comentarios al Código Civil...* Madrid, 1990, IX, vol. 1º-A, p. 93.

³⁹⁵ Un resumen que lleva a tal conclusión, en la ‘Revista Jurídica del Notariado’, nº 33, febrero-marzo/2000, p. 315.

c/ Por supuesto, el acto de nombramiento de tutor debe estar *exento de vicios* que puedan invalidar el consentimiento. Y éste debe ser expreso, lo que deja fuera de lugar la consideración de un posible consentimiento presunto. Para las declaraciones de voluntad en actos *inter vivos* el Código civil en su artículo 1.265 dispone que '*será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*'. Sin embargo, para los actos *mortis causa*, su artículo 673 declara '*nulo el testamento, otorgado con violencia, dolo o fraude*'. ¿Podemos deducir de aquí que el *error* no invalida el testamento? Ello podría llevarnos a pensar que el mismo error no invalida el nombramiento de tutor, sea cual sea el documento o el acto jurídico en que se consigne. Pero así como el testador nunca podrá invocar el error, una vez abierta la sucesión, es posible que quien haya nombrado tutor para sí pueda invalidar su declaración si él mismo, con plena capacidad, demuestra que su declaración de voluntad que organizó la tutela mediante un acto *inter vivos* está afectada por ese vicio de la voluntad.

d/ ¿Se puede nombrar tutor por medio de *apoderado*?

En el derecho de los pueblos modernos, que continúa en este punto la tradición canónica, está reconocido como principio general la posibilidad de la representación. Siempre es posible, dice Ruggiero, que otro realice por nosotros lo que podríamos realizar por nosotros mismos. Y sólo excepcionalmente no es admisible tal delegación de voluntad cuando la naturaleza del acto se oponga a ello, o una disposición legal exija una declaración personal.

En la esfera de los actos *inter vivos* de naturaleza *patrimonial* apenas suscita dificultad alguna la admisión de la representación. Expresamente nuestro Código civil la autoriza, por ejemplo, para adquirir la posesión (artículo 439) y para contratar (artículos 630, 631, 1.259).

Por el contrario, los *derechos de familia*, en general, se avienen mal con el principio de la representación. Se consideran verdaderos negocios

jurídicos familiares el matrimonio, la emancipación, el reconocimiento de hijos, el acogimiento de menores y la adopción; y también habrá que considerar como tal el nombramiento de tutor y el régimen de la tutela. Para Ruggiero, los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de relaciones jurídicas de familia, porque la esfera de libertad que se concede al particular es aquí nula o mínima, tanto que los derechos subjetivos derivados de aquéllas no son renunciables ni transmisibles, ni es aplicable a los mismos el principio de representación³⁹⁶. Expresamente la nueva Ley de Enjuiciamiento civil declara en su artículo 751 que en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores *'no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción'*.

La generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación a los negocios jurídicos relativos a estos derechos, dado su carácter personalísimo, que requiere que esa declaración de voluntad emane directa y primariamente de la persona a quien el acto va a afectar. Estableciendo una neta separación entre los derechos *personalísimos* y los derechos *de la personalidad*, entiende De Castro³⁹⁷ que el ejercicio de la patria potestad no comprende estos últimos, es decir, que los padres no tienen la representación legal de sus hijos en el ejercicio de los derechos de la personalidad. Con mayor precisión, Uribe Sorribes³⁹⁸ entiende que, en cuanto a los derechos personalísimos, la excepción a la representación legal que confiere a los padres el artículo 162,1, tendrá siempre carácter absoluto; en tanto que, en cuanto a los derechos de la personalidad, tan sólo tendrá un carácter relativo, en aquellos casos en que el hijo no tenga suficiente madurez para su ejercicio. No deja de ser un tanto inconcreta esta referencia a las 'condiciones de madurez', pues puede generar inseguridad, siendo objeto normalmente de apreciación, como observa Ventoso, de una apreciación 'a posteriori' de los Tribunales, los que

³⁹⁶ Roberto de Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*. Tomo II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina. Milano, s.a., p. 10: 'il diritto di famiglia si distacca nettamente dallo rimanente parti del diritto privato e tende verso il diritto pubblico. Ch'esso diventi proprio diritto pubblico non se può affermare; ma che si distacchi dal rimanente diritto privato così da costituire una specie a sè, non può mettersi in dubbio'.

³⁹⁷ Federico de Castro: *Derecho civil*, II, 1, p. 79

³⁹⁸ Antonio Uribe Sorribes: *Representación*, en los *Comentarios del Código civil* del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 21. También la interesante STC 311/2000, 18.12.

deberán pronunciarse sobre el acto concreto de que se trate, realizado por el hijo. Con las debidas precauciones, creemos que pueden ser trasladadas las anteriores consideraciones al caso de los incapacitados mayores de edad a los que nos venimos refiriendo especialmente en este trabajo.

Y, como observan Pérez y Alguer³⁹⁹, aunque no siempre se rechace por el Código civil, ha de procederse con cautela antes de admitir su eficacia, pues la mayoría de los derechos de orden familiar son potestades o funciones que se basan en deberes de carácter personalísimo, y sería contrario a la finalidad de la ley que los otorga e impone, admitir la delegación de esos 'derechos-deberes'. Excepcionalmente, nuestro Código (artº 55) autoriza la celebración del matrimonio 'por apoderado', si bien ha de tratarse de un poder especialísimo; aunque dicen Díez-Picazo y Gullón⁴⁰⁰ que como el representado ha formado su voluntad de contraer matrimonio con persona determinada y encomienda a otro que intervenga en su nombre en la ceremonia matrimonial, es dudoso decidir si se trata de un verdadero apoderado o es un simple nuncio o portador de la voluntad de otro. Por nuestra parte pensamos que se trata de un poder, una verdadera representación, ya que por el mero hecho de su otorgamiento no se genera vínculo alguno, y el matrimonio no se considera celebrado sino con la actuación del representante, cuya declaración es imprescindible para la perfección de tal matrimonio del poderdante.

Dice Albaladejo⁴⁰¹ que son *negocios de familia* o de Derecho familiar los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares, como el matrimonio, la adopción, el nombramiento de tutor, etc. Se distinguen de otro tipo de negocios que llama *patrimoniales*. Pero junto a estas dos especies de negocios, admite una tercera, constituída por los

³⁹⁹ Pérez González y Alguer: *Notas al 'Ennecerus'*, tomo II, volumen 2º, p. 347.

⁴⁰⁰ Díez-Picazo y Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, 3ª edición, 1986, Tecnos, Madrid, p. 89.

⁴⁰¹ Manuel Albaladejo: *El negocio jurídico*. Bosch, Barcelona, 1958, p. 70. En el mismo sentido, Luis Díez-Picazo: *El negocio jurídico del Derecho de familia*. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', XLIV, 1962, p. 780, en donde admite el 'negocio jurídico familiar'.

negocios patrimoniales familiares, entendiendo por tales los que regulan el régimen patrimonial basado en las relaciones familiares, como por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales.

Con mayor fundamento que en los negocios de familia patrimoniales, en los considerados *estrictamente familiares* la autonomía individual está vinculada a una instancia superior que trasciende del individuo como tal: el interés familiar⁴⁰². Sin embargo ‘por el hecho de que el Derecho de Familia presente unos rasgos y unas características que podrían aproximarlos al Derecho Público, no por ello deja de formar parte del Derecho Privado’, afirma Ana María Pérez Vallejo⁴⁰³, según la cual el Derecho de familia es lo más privado del Derecho Privado.

En los actos *mortis causa* la regla general es, asimismo, la no admisibilidad. No cabe, en efecto: nuestro Código civil la excluye expresamente en materia de testamentifacción y en la mejora (artículos 670 y 830), si bien está también excepcionalmente admitida en algunos aspectos limitados de las disposiciones sucesorias, y en la ejecución de las mismas: así, en materia de distribución de cantidades (artículo 671), en la llamada ‘*delegación de la facultad de mejorar*’ (artículo 831), o en la ‘*simple facultad de hacer la partición*’ (artículo 1.056).

Y ya en el caso concreto de la *autodelación de la tutela* formulada por medio de apoderado, la opinión negativa está bastante generalizada. Para García-Granero aquí no es posible la representación, pues el mandato se extingue por incapacidad del mandante. No existe en nuestro Derecho positivo norma alguna que, como en la legislación alemana, se pueda presentar un mandato o poder que subsista tras la declaración de incapacidad del poderdante. Por el contrario, tras la última reforma del artículo 1.732,3º del Código civil, puede surgir alguna duda de que el mandato se acabe por la *incapacitación* del mandante. Ya hemos

⁴⁰² Emilio Betti: *Teoria generale del negozio giuridico*. Turín, 1960, p. 235.

⁴⁰³ Ana-María Pérez Vallejo: *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Tesis doctoral. ‘Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado’, Granada, 2000, p. 37.

visto que entendemos que se extingue por dicha causa. Pero en cambio no se extingue si antes de tal incapacitación el apoderado ejercita algunas de sus facultades. ¿Cabría que, entre éstas, hubiera ejercitado la de designar tutor para su poderdante? Porque en tanto no se produzca la declaración de la incapacidad son válidos, eficaces y firmes los actos realizados por el mandatario en uso de tal poder; y una posterior incapacitación no afectaría a sus efectos; pero ¿subsistirían íntegramente y, entre éstos, tal designación? Acaso serían de dudosa eficacia los de tracto sucesivo o aplazados, contraídos con anterioridad a tal declaración de incapacidad. A juicio de Rivas⁴⁰⁴, el poder ha de entenderse automáticamente extinguido cuando el poderdante pierde definitivamente la posibilidad de revocarlo por sí mismo, pues, como hemos visto, esta revocabilidad está siempre en la base de la concesión de un poder. Coincidimos con esta conclusión de nuestro compañero.

Por otra parte, si aceptamos la designación por mandatario llegaríamos a admitir una especie de *sustitución* más grave que la del mandato, ya que se convertiría en irrevocable por el mandante; quien, privado de su capacidad de obrar, quedaría también privado de la facultad de revocar que le concede el artículo 1.733 del Código civil. En el caso de los llamados 'poderes irrevocables', como los admite Cabrera Hernández, según vimos⁴⁰⁵, en los que la facultad de revocar no se configura como 'esencial', habría que entender que tal 'irrevocabilidad' supone la contrapartida de un acto dispositivo de bienes o servicios, nunca de facultades personalísimas como sería el nombramiento de un tutor para el mandante-disponente.

e) La nota de 'unilateralidad' que hemos asignado a la *autodelación de la tutela*, no queda desvirtuada por el hecho de que en la escritura de nombramiento de tutor conste la innecesaria comparecencia del designado, acepte o no acepte el cargo que se le defiere.

⁴⁰⁴ J.J. Rivas: *Disposiciones y estipulaciones...*, O.c. en nota 272 anterior, p. 257.

Pues hay que distinguir esta *unilateralidad* de la *unipersonalidad*, ya que, sin perder aquel carácter, es posible la comparecencia de dos o más personas en la citada escritura de constitución del organismo tutelar. Carece de sentido la mera 'unión instrumental' en el caso de que en el mismo documento se organicen dos o más tutelas sin conexión alguna entre ellas.

La designación de *un mismo tutor*, conjuntamente efectuada por *varias* personas en una misma escritura, no parece, en principio, que deba ser rechazada; de modo especial cuando el nombramiento recae a favor de alguna de aquellas 'personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados'. Incluso podría ser la fórmula más recomendada para la *autodelación de la tutela* dispuesta por cónyuges, familiares próximos, etc. y, en general, por personas que desean continuar bajo la misma tutela una anterior vida común de relación afectiva. La posibilidad de revocación por todos y cada uno de los otorgantes es evidente, y el otorgamiento conjunto, 'mancomunado', en nada afecta a esta facultad, incluso sin necesidad de notificar la revocación a los demás, cuyas designaciones continuarán subsistentes en tanto, cada uno por sí, y por su parte, no revoque libremente la efectuada por él mismo.

Pero cabe la posibilidad de que la comparecencia *plural* en la escritura se deba al deseo de los otorgantes de *subordinar* la designación hecha por uno de ellos a la subsistencia de la realizada por otro u otros. En este caso, si nada en contrario consta en el documento, la revocación efectuada por uno de ellos sí debe ser comunicada fehacientemente a los demás, para que, con conocimiento de todo ello, puedan adoptar igual decisión revocatoria o, por el contrario, mantener la efectuada en su primer momento. Y en caso de que éste se halle ya incapacitado y sometido a la tutela dispuesta conjuntamente, entendemos que la libertad de revocación

⁴⁰⁵ José María Cabrera Hernández: *La modificación del nº 3 del artículo 1.732 del Código civil*. 'Revista Jurídica del Notariado, nº 24, octubre-diciembre/1997, p. 101.

es absoluta, como es norma general en la materia que venimos estudiando, sin necesidad de notificación alguna.

Por último, y entre las variadas fórmulas que pueda ofrecer la realidad, vamos a contemplar la posibilidad de un nombramiento *recíproco* de tutor, hecho por dos personas, cada una en favor de la otra. En principio, nada parece que deba oponerse a este supuesto, una vez más manifestación de la autonomía de la voluntad y dentro de los límites de la misma, y excluyendo, en todo caso, la condición que podríamos considerar como *captatoria*⁴⁰⁶. Aún suponiendo equilibrio o igualdad en las posiciones iniciales de ambos, la incapacitación de uno de ellos le deja automáticamente excluido de la posibilidad de ser tutor del otro, pues éste ahora es tutor de aquél. Indudablemente, la posibilidad de revocación antes de la incapacitación de cualquiera de ellos, no debe plantear cuestión alguna, si bien debe ser notificada fehacientemente al otro.

L/ Elementos formales.

1. Se admite generalmente que el nombramiento de tutor, en general, y especialmente para uno mismo, es un acto que debe estar revestido de toda suerte de garantías que alejen la menor sombra de duda que pueda afectar a su validez o a su eficacia. Por ello, es unánime la exigencia de que tal designación sea formulada de manera *solemne*, sin que pueda hacerse mediante documento privado de clase alguna.

Tradicionalmente, en la teoría general de la tutela, en algunos ordenamientos el tutor podría ser nombrado mediante *testamento* o por *resolución judicial*. El *Code civile* francés permite que se nombre por declaración ante el Juez o ante Notario; pero esta última forma fue

⁴⁰⁶ Por analogía con lo dispuesto por el artículo 794 del Código civil español para la institución condicional de heredero, que, siguiendo al Derecho romano, la considera nula. Así, Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Reus, 1973, tomo IV, volumen 2º, p. 185.

rechazada por García Goyena, el Proyecto de 1851 y el Código civil, que tan sólo aceptan la fórmula testamentaria junto a la resolución judicial.

La fórmula del *documento público* se encuentra en casi todas las legislaciones extranjeras. Así, en *Francia*, el derecho individual de designar un tutor *ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire* (Code, artículo 398). La legislación *brasileña* dispone que *a nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico*, según Lei 3.071, de 1º de enero de 1916; y lo mismo la *portuguesa*, que permite que *a designação do tutor e a respectiva revocação só têm validade sendo feitas em testamento ou em documento autentico ou autenticado*.

La posibilidad de designar tutor en documento público distinto del testamento es la que abre a la *autotutela* la viabilidad de su realización y su reconocimiento legal. Porque va a discurrir precisamente por la vía del documento público notarial distinto del testamento, es decir, de un documento *para la vida de una persona incapaz, no para después de su muerte*.

Pero no todo documento público ha de ser vehículo para la *autodelación* de la tutela. El documento público notarial se conoce con el nombre de *instrumento público*. Y éste reviste la forma de *escritura* o de *acta*⁴⁰⁷. Siendo la primera la destinada a recoger declaraciones de voluntad y la segunda para dejar constancia de hechos, es evidente que nos hallamos en presencia de una declaración de voluntad que tiene que ser hecha en escritura, con todas las garantías de identificación, juicio de capacidad, legalidad de su contenido, etc., que caracteriza a este tipo de *documento público notarial*. Así, para Crehuet⁴⁰⁸ la *autodelación* de la tutela debería formalizarse 'a medio de instrumento público', si bien no especifica cuál de ellos sea. No era muy preciso lo dispuesto por el antes citado *Proyecto Apalategui*, que en su artículo 210 admitía junto al

⁴⁰⁷ Artículos 144 y siguientes del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

⁴⁰⁸ Diego M^a Crehuet del Amo: *La Tutela Fiduciaria*. Citada en anterior nota 266, p. 26.

testamento el documento público notarial. Campo Güerri opina que, si bien se ha admitido tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones, el instrumento adecuado es únicamente la primera, dado el carácter esencialmente negocial de estas disposiciones⁴⁰⁹.

La genérica expresión del artículo 223 del Código civil (*‘los padres podrán en testamento o documento público notarial’*) es, sin embargo, juzgada por imprecisa, en principio, por Gómez Oliveros⁴¹⁰, que cree ha sido elegida por identidad con la terminología utilizada por el Código civil en materia de prueba de las obligaciones, ya que desde la óptica del Derecho Notarial hubiese sido más preciso hablar de *instrumento público* o de *escritura pública*, siendo preferible este último término, que lleva consigo la exclusión del *acta notarial*, ‘que no sería aplicable al caso considerado por razones obvias de finalidad de tal medio formal’. De la misma opinión es García Cantero⁴¹¹, para quien la forma es *ad solemnitatem*, por lo que no cabe acta notarial, ni carta, ni otro documento privado, ni mucho menos ante testigos.

‘No cabe carta, ni documento privado, ni ante testigos, por tratarse de un documento exigido *ad solemnitatem*’, según Peña y Bernaldo de Quirós y nos recuerda Muñiz Espada⁴¹². Y Rogel Vide⁴¹³ dice que es mejor instrumento público o escritura pública; preferible ésta, que excluye el acta, que no sería aplicable a este caso. Sin embargo, la Notario García-Granero⁴¹⁴ propone la escritura pública, el testamento y el acta notarial de manifestaciones, si bien considera no aconsejable el segundo: ‘sin negar que la autotutela se pueda otorgar por testamento, es preferible, como más seguro y menos complicado ordenarla por medio de escritura pública’.

⁴⁰⁹ Miguel-Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. ‘Revista Jurídica del Notariado’, nº 34, abril-junio/2000, ps. 26 y 27.

⁴¹⁰ José M^a Gómez Oliveros: *Comentarios a la Ley 13/1983*, en ‘Revista Crítica de Derecho Inmobiliario’, 1984, p. 637.

⁴¹¹ Gabriel García Cantero: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*. Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 26.1.1984, en ‘Anales’, Tomo XXVI, p. 415.

⁴¹² Esther Muñiz Espada: *Las personas jurídicas privadas tutoras*, citada en anterior nota 160, p. 40.

⁴¹³ Carlos Rogel Vide: *Comentarios...*, O. c. en anterior nota 293, p. 699.

2. El *testamento*, que también es documento público, instrumento público y escritura pública, ya hemos visto que no es medio hábil para estos fines y efectos, cualquiera que sea su clase, especialmente el testamento ológrafo, por las diligencias posteriores para su adveración, que lo harían prácticamente inservible para nuestro propósito. Sorprende que Rivas Martínez⁴¹⁵ afirme que ‘cree en la bondad del testamento para poder recoger previsiones autoprotectoras’, aunque más adelante reconoce que ‘por el otorgamiento del testamento no se producen efectos jurídicos, ni se crean derechos o nacen obligaciones. Es con la muerte del autor cuando nace el momento en que se inician aquellos derechos’. Y frente a la opinión de Romero Candau⁴¹⁶, que entiende que el nombramiento de tutor para uno mismo, hecho en testamento, no tiene sentido ni sería conveniente, insiste en que no ve problema en utilizar el testamento como documento que contenga esas disposiciones de autotutela, incluso siendo éste el único contenido del mismo. ‘En el caso de la autotutela no es posible el testamento’, afirman Lacruz y Sancho Rebullida⁴¹⁷.

El efecto de relativa publicidad y de irrevocabilidad que el artículo 741 del Código civil otorga al reconocimiento de un hijo por medio de testamento, no debe ser suficiente argumento como para llegar a la conclusión de que la misma eficacia puede alcanzar un nombramiento autotutelar hecho por vía testamentaria. No son equiparables aquel reconocimiento y esta disposición: el primero, 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 hace en testamento, se la lleva a la ineficacia. Si el error no figura entre los

⁴¹⁴ Ana-Victoria García-Granero: *La autotutela en el Derecho común español*. Colegio Notarial de Granada, enero 1998, p. 218.

⁴¹⁵ Juan José Rivas Martínez, Registrador de la Propiedad y Notario de Madrid, en *Disposiciones... y Derecho de Sucesiones...*, O.c. en notas 272 y 393.

⁴¹⁶ Pedro A. Romero Candau: *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*, Conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, 24.5.94, en el tomo VIII de sus ‘Anales’, 1995, p. 458.

⁴¹⁷ José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil. IV: Derecho de Familia*. Bosch, 1984, p. 794.

vicios del consentimiento testamentario es porque quien lo sufrió, según hemos dicho, bien puede subsanarlo mediante un nuevo otorgamiento o la mera revocación del anterior; tan sólo sería admisible si afecta a una declaración errónea como cuando se reconoce como hijo a quien se considera como tal, y después se tiene conocimiento o alguna prueba de que no reúne esa condición filial. Pero excepto en este caso, el reconocimiento de un hecho anterior es irrefutable, irrevocable, aunque sea único contenido del testamento (STS 22.II.64). No sucede esto cuando se trata de organizar un sistema de tutela para uno mismo, que hay que considerar esencialmente revocable en tanto la misma no se constituya.

No es éste el momento de demostrar que la eficacia inmediata del artículo 741 pueda o no pueda servir de base para otorgar iguales efectos al nombramiento autotutelar hecho por vía testamentaria. Dice García Goyena⁴¹⁸ que la revocación del testamento no deja sin efecto el reconocimiento de un hijo natural, 'porque esto no sería más que la declaración de un hecho', y el principio de esta declaración no existe en el testamento, sino en el hecho mismo de la paternidad, de manera que el estado que el hijo ha adquirido por esta declaración no debe ya quedar pendiente de la inestabilidad de la voluntad del testador.

Afirma Beltrán de Heredia⁴¹⁹ que al ser el testamento un acto revocable por el que se dispone de bienes para después de la muerte, el reconocimiento de hijo no parece que se pueda considerar como de última voluntad, pues no es acto jurídico, sino 'acto' en sentido estricto: puede ser impugnado si hay causa para ello, pero no es susceptible de revocación posterior. Su inclusión en un testamento no lo convierte en disposición testamentaria, cualquiera que sea la fórmula empleada, de 'declaración' o de 'admisión'; y así, la Real Orden de 5 de mayo de 1917 permite la constatación registral del reconocimiento de un hijo natural mediante la anotación marginal pertinente en el Registro civil, sin que sea necesario

⁴¹⁸ Florencio García Goyena: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Tomo I. Madrid, 1892, p 140.

⁴¹⁹ José Beltrán de Heredia: *Reconocimiento de hijo natural en testamento*. 'Revista de Derecho Privado', 1965, p. 190.

acreditar la defunción del testador otorgante. Parece inspirada en la misma conclusión la norma de anteriores aranceles notariales que reducía en un cincuenta por ciento los honorarios ‘en los testamentos que tengan por objeto exclusivo el reconocimiento de hijos naturales’⁴²⁰.

Para *Mucius Scaevola*⁴²¹ el reconocimiento de un hijo no es expresión de la voluntad del que lo otorga, sino confesión o manifestación de un hecho; una vez probado éste por declaración del padre, la voluntad es impotente para hacer que lo que ha sido deje de ser, de suerte que la revocación del testamento, aunque se haga de un modo especial, no puede afectar al hecho ni a las consecuencias jurídicas del mismo, debidamente probado. ‘El legislador ha mirado con benevolencia y favorecido dentro de los límites de justicia, problemas tan delicados como es el de la filiación extramatrimonial, y no ha hecho mal, con ese motivo, en señalar una excepción, una cortapisa al principio de la revocabilidad testamentaria’. También García Cantero⁴²² entiende que la designación de tutor, incluso hecha en testamento, pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, por lo que no está sujeta a las vicisitudes del testamento al que se pueda haber incorporado.

La excepción consignada en el artículo 741 es consecuencia del principio de revocabilidad de las disposiciones testamentarias. En efecto, establecidas en un testamento las ordenaciones de la última voluntad del otorgante, pueden ocurrir después hechos o surgir circunstancias y condiciones que modifiquen o alteren profundamente las intenciones en que se inspira dicha voluntad, o las causas que la determinaron; y por eso hay que dejar un margen de libertad al testador para modificar sus disposiciones de última voluntad sin limitación alguna, considerándose su voluntad ambulatoria *usque ad vitae supremum exitum*. Pero no sucede lo mismo con la declaración testamentaria que se hiciera reconociendo un hijo extramatrimonial, puesto que se trata de un hecho cuyas circunstancias no están, por lo general, sujetas a modificaciones ni

⁴²⁰ Así, en el nº 5 de los Aranceles aprobados por Decreto 644/1971, de 25 de marzo.

⁴²¹ Q. Mucius Scaevola: *Código civil*. Tomo XII, Madrid, 1896, p. 724.

dependen de la voluntad del otorgante; antes bien, ese reconocimiento constituye una confesión de la paternidad, determinante, desde su origen, de los recíprocos derechos y obligaciones consecuencia del estado legal de familia; y reconocido este hecho indubitado, es inmediata y subsiguiente la producción de sus efectos de un modo irrevocable⁴²³.

No hay que olvidar que un precepto como el de este artículo 741 de nuestro Código, de interés y trascendencia extraordinarios, no consta en varios textos legales modernos; ni tampoco tiene precedentes en nuestro Derecho histórico ni en el *Proyecto de 1851*, aunque sí lo recogía el de 1882, en su artículo 919, pero limitado al testamento abierto ante Notario, tal como venía consignado en el artículo 3.667 del Código de México. El efecto inmediato lo desconecta del acto testamentario.

Es importante no confundir los conceptos de 'revocación' del testamento en que se hizo el reconocimiento del hijo, y el de 'nulidad' del mismo testamento en que se consignó tal reconocimiento. Si sobreviene la nulidad, claro es que todo el documento y todas las cláusulas que contenga resultan nulas e ineficaces por el vicio de origen, que todo lo afecta e invalida⁴²⁴.

3. El llamado *testamento vital*.

Debido a los vertiginosos avances de las ciencias y de la tecnología, puede mantenerse artificialmente una vida con la ayuda de medios extraordinarios que lleguen a posponer el momento de la muerte de una persona. En la investigación neurológica se ha producido espectaculares avances que permiten prolongar la vida más o menos activa de los pacientes.

⁴²² Gabriel García Cantero. *El nuevo régimen jurídico...*, citada en nota 155, p. 415.

⁴²³ Manresa y Navarro: *Comentarios al Código civil español*. Tomo V. Reus, S.A., Madrid, 1972, ps. 936 y 937.

⁴²⁴ Antonio Martínez Ruiz: *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*. Tomo VI, 2ª edición, Madrid, Imprenta de Antonio Marzo, 1924, p. 389.

a/ La *Ley General de Sanidad* número 14/86, de 25 de abril, en su artículo 10, dispone que ‘Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana...; 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: ...b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas...; 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente’.

Sobre estas bases, se presentaron dos Proyectos de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en los años 1992 y 1994, respectivamente; y ambos constituyen, por primera vez en nuestra historia legislativa, nuevas formas de regulación de las conductas de participación en relación con los enfermos y su enfermedad. No es del caso exponer en este punto las vicisitudes, con la consiguiente polémica, que siguieron aquellos Proyectos hasta su cristalización en el nuevo Código Penal español aprobado, finalmente, por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

b/ Con esta nueva y extraña denominación de *testamento vital*, que otros prefieren llamar *testamento biológico*⁴²⁵, o *mandato vital*⁴²⁶, se hace referencia a dos cosas, una de ellas opuesta a la otra, al menos en cuanto a su fundamentación y propósitos.

1ª El 26 de septiembre de 1989⁴²⁷ fue presentado en rueda de prensa por la ‘Conferencia Episcopal Española’, el llamado *testamento vital*, con el fin de contrarrestar las campañas que se venían realizando a

⁴²⁵ Esther Pamblanco Lillo, en *Revista de Derecho Privado*, noviembre/1988, p. 989.

⁴²⁶ José R. Gaztambide Gómez: *El testamento vital y la muerte con dignidad*. ‘Boletín de Información’ del Ilustre Colegio Notarial de Granada, nº 166, octubre/1994, p. 2.147.

favor de la solución *eutanásica* para algunos enfermos; y en abril del 2001 insiste en el tema. Consiste en una declaración asumida en forma consciente y libre que debe ser respetada como si de un auténtico testamento se tratase. La fórmula viene a ser la siguiente: 'Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre y que sea respetada como si se tratara de un testamento... Pido que si por mi enfermedad llegare a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios, que no se me aplique eutanasia activa, no se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte, que se me administren tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos...'. A este fin, la misma Conferencia Episcopal Española ofrece el formulario apropiado a quien lo solicite.

2ª. El 10 de febrero de 1996, la 'Asociación Pro Derecho a Morir Dignamente' presentó en Barcelona otro también llamado *Testamento Vital*, mediante el cual se solicita no alargar la vida artificialmente de aquellos enfermos terminales que lo deseen. Su Presidente, Salvador Pániker, hizo un llamamiento a las autoridades sanitarias para que pongan ese medio al alcance del usuario de la sanidad. 'Es una manera de expresarse cuando a lo mejor no puedes hablar'. El *testamento vital y biológico* es un documento en el que la persona, en plenitud de sus facultades, decide que si llega el caso en el que por deterioro físico o mental no puede tomar decisiones, se pongan en práctica sus voluntades, que, según el propio Pániker, son las siguientes: que no se prolongue la vida de manera artificial, y que se le suministren al enfermo los fármacos necesarios para paliar el dolor, *aunque éstos aceleren la llegada de la muerte*. El documento designa un representante, y debe ser firmado por dos testigos. El mismo Pániker afirma que en el Registro de la Asociación ya se han reunido unos tres mil testamentos vitales.

⁴²⁷ *A mi Familia, a mi Médico, a mi Sacerdote, a mi Notario*, en 'Gazeta de los Notarios', nº 9, novbre./1989.

Al parecer, un documento semejante ya está a la venta en algunas farmacias de *Dinamarca*: el enfermo o paciente sólo tiene que rellenar los datos y llevarlo al Centro de salud para que lo archiven en el ordenador con sus datos, y en caso de accidente, los médicos procedan a cumplir los deseos del paciente, y sin que nadie más que la propia persona decida sobre su futuro.

Sin duda, este ‘testamento’ guarda relación con la *eutanasia*, a la que ya hemos anterior referencia, ardua cuestión que se ha puesto de actualidad con motivo de la muerte del tetrapléjico Ramón Sampredo, que había sufrido un accidente que le dejó inválido, según ya ha quedado referido: a partir de ese momento protagonizó una lucha para reclamar su derecho a una muerte digna, ya que ‘no tenía sentido la vida de sufrimiento que llevaba’. Dejó escrita una obra poética que tituló *Cuando yo caía...* Fue auxiliado a morir el 12 de enero de 1998. Y también por la condena del llamado doctor Kevorkian, que ayudó con una inyección letal al *suicidio* de un paciente, en el Estado de Michigan, en los primeros meses de 1998.

En realidad, la segunda de estas variantes difícilmente soporta el calificativo de *vital*, pues lo que persigue es algo contrario a la vida, y la admisibilidad de la eutanasia. Y en cuanto a la primera, como se reconoce en la propia presentación de la fórmula, ‘la única duda es si el vehículo adecuado para la misma es el testamento. El testamento es un acto de última voluntad que está llamado a producir efectos sólo después de la muerte y que no permite saber antes de la apertura de la sucesión si es el último otorgado... creemos que notarialmente el documento oportuno para recogerla es el acta de manifestaciones’, concluye. Esta última parece más acorde con el propósito que nos interesa, ya que permite, mediante lo que llama ‘acta de manifestaciones’, expresar una voluntad acerca del estado futuro de salud de quien la emite, por lo que cabe la organización de la tutela en tanto no se produzca la muerte del enfermo. En cualquier caso, y conforme a lo dicho más arriba, queda descartado el testamento como el

medio instrumental más apropiado a tal fin. Todo lo más, podría considerarse como un *cuasi-testamento*.

c/ En los últimos años, como pone de relieve la médico Esther Pamblanco Lillo⁴²⁸, se ha ido imponiendo el uso de los denominados *testamentos biológicos* o *testamentos vitales*, mediante los cuales y en el correspondiente documento, su titular declara su voluntad y expresa sus deseos de que no le sean aplicados cuidados excepcionales, capaces no ya de devolverle la salud, sino de prolongar su vida en el caso de padecer una enfermedad incurable, aceptando que se le administre la medicación necesaria para eliminar sus posibles dolores, aunque con ello se pueda adelantar el momento de su muerte. Se trata, en realidad, de una solicitud de eutanasia lenitiva y de *ortotanasia*, pues 'si bien el paciente decide que su vida no tiene sentido y debe finalizar, se deja a la discreción de los demás el finalizarla'. Es, pues, una forma de eutanasia pasiva que a nadie permite acabar con la vida de otra persona mediante la denominada 'muerte piadosa' o *merci killing*.

Pese a la creciente opinión favorable a esta forma de disposición, un sector de la doctrina es rotundamente opuesto a ella y la tacha de ilegalidad. Se entiende que no existe un 'derecho a morir', y se critican las posturas favorables porque ponen en entredicho la autonomía de la persona, que no parece tan absoluta cuando necesita de otros durante toda la vida, y más aún, para acabar con ella. Así. Romeo Casabona mantiene que los *testamentos vitales* son contrarios a nuestro Derecho por implicar un acto de disposición sobre la propia vida, no entendiendo que pueda lesionarse de forma grave la dignidad del paciente, pues de lo que se trata es de salvar su vida, aun con su oposición, cuando existen posibilidades de supervivencia, si bien con una calidad inferior. También Torío López niega la validez jurídica de los *testamentos eutanásicos*, aunque acepta la supremacía de los cuidados excepcionales, por

⁴²⁸ Esther Pamblanco Lillo: *Los testamentos biológicos*. 'Revista de Derecho Privado', noviembre/1988, ps. 989 y ss.

considerar que éstos no son más que una *longa manus* de la acción del médico⁴²⁹.

Curiosamente se destaca en todos quienes participan en esta difícil controversia, su insistencia en que el paciente declara no querer ser objeto de especiales atenciones para prolongar su vida, y se acude a la presunción, llegado el momento, de su voluntad en tal sentido. Pero no se advierte en ningún caso el 'testamento vital' de quien, hallándose en plenitud de facultades, dispone lo contrario: que, llegado el momento, no se le prive de todos los auxilios que la ciencia le ofrece para prolongar su vida, no para acabar con ella; pues bien se puede entender que, para él, esta fase dolorosa acaso termine en plazo más o menos breve. Este podría recibir, con absoluta propiedad, la denominación de 'testamento vital'.

d/ Juan-José Rivas, de acuerdo con un gran sector de la doctrina, considera que la denominación de *testamento vital* es confusa y en sí misma, una contradicción, pues tiene en principio, de testamento, nada más que su nombre, ya que normalmente se encuentra plasmado en un mero documento sin garantía alguna, aunque a su juicio nada impide, y ello sería lo deseable, que pueda contenerse en un testamento abierto otorgado ante Notario. Y concluye que el 'mal llamado testamento vital' no es *testamento*, en el tradicional sentido del vocablo, ni *vital*, sobre todo cuando el disponente ordena su propia muerte, no el destino que ha de darse a sus bienes. En relación a su *concepto*, lo considera como una declaración de voluntad de una persona capaz, libremente exteriorizada sin coacciones, previendo la actitud que debe tomarse con ella misma, para el supuesto de encontrarse en una situación crítica de enfermedad grave e incurable.

Así entendido, el *testamento vital* para Serrano Gómez⁴³⁰ consiste en una declaración escrita en la que una persona, con plena capacidad de

⁴²⁹ Romeo Casabona: *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, p. 15. Y Torío López, A.: *Instigación y auxilio al suicidio*, p. 198. Citas ambas en Esther Pamblanco Lillo, nota anterior.

decisión, pide que no se prolongue su vida artificialmente cuando por cualquier motivo (enfermedad grave irreversible, accidente, etc.) la misma se vea abocada al final.

La definición que ofrece el civilista Silva-Ruiz⁴³¹, es la siguiente: ‘una declaración escrita por un individuo, mientras se encuentra en el ejercicio de sus facultades mentales, indicativa del tratamiento médico que quisiere recibir en el momento en que, como paciente, se encuentre incapacitado -*coma irreversible, condición terminal*- para tomar decisiones’. Se trata, pues, del adecuado tratamiento médico extraordinario o desproporcionado, que desea recibir llegado el caso, si debe ser iniciado, continuado o interrumpido.

e/ Estudia Ruiz Rivas⁴³² en relación con el ‘testamento vital’, el problema del *consentimiento* y su *forma* de plasmación documental.

En cuanto a la *forma* de expresar el consentimiento, entiende que la normal redacción en meros documentos privados, otorgados a lo sumo, con la presencia de dos testigos, es insuficiente, pues una declaración de voluntad de tanta trascendencia ante algo tan íntimo como es la propia muerte, debe estar rodeada del cumplimiento de todos los requisitos formales, previo un asesoramiento completo y exhaustivo por parte de un profesional competente, y para ello, nada mejor que la presencia, la actuación y la redacción del Notario, para que quede plasmada en un instrumento público.

El Notario tiene el deber de autorizar un documento que exprese la voluntad de una persona respecto a ciertos procedimientos médicos cuya aplicación le prolongarían su sufrimiento y la agonía de su muerte, y ello en previsión de quedar incapacitado a consecuencia de una situación como la

⁴³⁰ Alfonso Serrano Gómez: *Derecho Penal. Parte especial*. ‘Dykinson’, Madrid, 1997, p. 60.

⁴³¹ Pedro F. Silva-Ruiz, Catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico: *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*, en ‘Revista General de Derecho’, Valencia, 1993, nos. 592/593, p. 435.

⁴³² J.J. Rivas Martínez, en las *Disposiciones...*, citadas en nota 272, p. 351.

de grave e irreversible enfermedad, que venimos considerando. Pero cuidando muchísimo que, efectivamente, sea lo que hoy se entiende por tal, es decir: ‘que no me manipulen, que mi cuerpo descansa en paz, que no me llenen de tubos y prolonguen absurdamente mi vida y mi sufrimiento’⁴³³.

El penalista Serrano Gómez se pregunta acerca de la validez del consentimiento prestado *a priori*, pues la persona puede cambiar de opinión con el paso del tiempo; no obstante cree que esto se puede salvar con una *ratificación periódica* del documento. Salvada esta cuestión, concluye, el *testamento vital* debe ser eficaz siempre que se considere que el mismo fue emitido sin ningún vicio que lo invalide. Se trata de la negativa a tratamiento médico. El sujeto delega la decisión final bien en el médico, bien en sus familiares o en terceros: se trata de situaciones en las que el sujeto carece de capacidad de decisión. El respeto del principio de autonomía, que impone al médico recibir el consentimiento exclusivamente del paciente, relega a un papel del todo residual la intervención de los familiares. ‘Se recurre a la consulta de la familia sólo cuando el destinatario de la prestación médica u hospitalaria es menor o enfermo, o no se encuentra en condiciones de poder expresar válidamente su consentimiento’⁴³⁴.

El Notario de tipo latino, observa Gaztambide Gómez⁴³⁵ sirve como redactor y relator de la voluntad expresada ante él por el ciudadano que lo ocupa para que, plasmada en un documento público, haga fe de esa voluntad. No representa voluntades adversas ni intereses encontrados, sino que autoriza documentos que expresan en forma de ley la voluntad del otorgante. ‘Debemos ser creativos al elaborar documentos fehacientes que perpetúen la voluntad expresada en torno a este asunto’.

⁴³³ Juan Bolás, en ‘Boletín Notarial’, nº 38, sept.-octubre 2001, p. 10.

⁴³⁴ Pascuale Stanzone, & Virginia Zambrano: *Attività sanitaria e Responsabilità civile*. Giuffrè, Editore, 1998, p. 270.

⁴³⁵ José R. Gaztambide Gómez, Notario de Puerto Rico: *Testamento Vital*. ‘Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada’, nº 166, Octubre/1994, p. 2.143.

Estas mismas garantías de autenticidad a la hora de documentar la voluntad, son exigidas también por los Fiscales Martín Gómez y Alonso Tejuca⁴³⁶. Entienden por *'testamento vital'* la declaración de voluntad documentada de una persona en la cual expresa cómo quiere que se actúe (ú omita) con ella en una de las situaciones de base de la eutanasia. Tiene sentido cuando la persona que lo ha otorgado se encuentra actualmente en la imposibilidad de condiciones para manifestarse (estados de inconsciencia), en cuyo caso se podrá acudir a lo que ella misma dijo sobre el particular en otro momento anterior, cuando aún se hallaba consciente. Señalan como sus *caracteres*: 1) manifestación de una voluntad de una persona, hecha en un momento de plenitud vital; 2) tal manifestación ha de estar documentada: el consentimiento ha de tener unas condiciones mínimas de autenticidad, por lo que deberá estar fedatado, toda vez que, en caso contrario, se correría el riesgo de simulación o de adulteración; y 3) su contenido está integrado por el deseo de la persona acerca de la forma y manera de actuación con ella, si cae en uno de los supuestos de hecho de la eutanasia. Y en cuanto a sus *efectos*, niegan que tenga una *eficacia* absoluta y total, aunque admiten la relativa, si consta la autenticidad del acto, de tal manera que lo documentado no ofrezca lugar a dudas sobre su genuinidad y veracidad; si bien deberá ser ratificado por el interesado en estado de plena consciencia, aunque esta ratificación pueda ser considerada como prestación de un nuevo consentimiento, lo que pueda llevarnos a la conclusión de que el anterior carece de validez y es, por tanto, nulo. Niegan el consentimiento *presunto*, o sea, aquél que se sospecha hubiera otorgado el enfermo-paciente si ahora pudiera manifestarse. El consentimiento, concluyen, debe ser *expreso y actual*, inclinándose ambos, con toda claridad, por el documento público notarial.

f/ Veamos ahora algunos casos en los que el Derecho nacional y el extranjero admiten, con mayor o menor amplitud, el llamado *testamento vital o biológico*:

⁴³⁶ Miguel Martín Gómez y José L. Alonso Tejuca, Fiscales de la Audiencia Provincial de Badajoz: *Aproximación judicial al problema de la eutanasia*, en 'La Ley', 3/1992, Tomo

Derecho español. Se suele regular mediante leyes llamadas 'de Voluntades anticipadas', que puede suponer un subterfugio para introducir la llamada 'eutanasia pasiva', aunque se condene expresamente la 'activa'. Como norma de amplitud territorial nacional, el Congreso de los Diputados admitió a trámite la proposición de ley de 'voluntades anticipadas' presentada por el Partido Popular y aprobada por el Senado, inspirada en la ley catalana aprobada en su día.

En *Cataluña*, el *Parlament* ha venido debatiendo estos últimos años una Proposición de Ley que permita a una persona decidir con antelación, en caso de que sufra una enfermedad terminal o se pueda encontrar en el futuro en un estado vegetativo, merced a un 'testamento vital', adoptar una decisión en orden a si quiere ser mantenida con vida o si prefiere que se le aplique la eutanasia *pasiva*. Hubo sumo interés en que no se tomara como una legalización encubierta de la eutanasia y así lo han manifestado los representantes de los distintos grupos parlamentarios. El *Parlament* aprobó por unanimidad esta Ley de Voluntades anticipadas de Cataluña el 25 de octubre de 2000, sin precedentes en España, que permite expresar a una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, una 'voluntad anticipada' en caso de que sufra una enfermedad terminal o se pueda encontrar en el futuro más o menos próximo, en un estado vegetativo, dando las instrucciones que deben ser tenidas en cuenta cuando llegue el momento en que se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad, para decidir si quiere o no quiere seguir viviendo. Aunque se ha insistido en que 'no se regula la eutanasia activa ni la pasiva', hay cierto temor de que esta última pueda llegar a aplicarse al amparo de esta Ley. Este *testamento vital* sólo tiene validez si se formaliza ante Notario, con tres testigos mayores de edad y con plena y capacidad y lucidez mental, de los cuales dos no deben tener relación alguna de parentesco hasta el segundo grado, así como declarar que no tienen intereses patrimoniales con el otorgante. El documento queda en poder del propio interesado o de

alguno de sus familiares, aunque también se preve la posibilidad de designar un representante que ejerza de interlocutor con el equipo médico cuando el afectado no esté en condiciones de expresar su voluntad.

La 'Asociación de Médicos Cristianos de Cataluña' manifestó en reiteradas ocasiones su oposición a esta forma de *testamento vital*. Rechaza la práctica de previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica. Es decir, 'no se admite la eutanasia bajo ningún concepto, supuesto o indicación'. Pues si Cataluña es pionera en cuidados paliativos, de ninguna manera lo es en eutanasia⁴³⁷. Y en el mismo sentido, la Iglesia catalana ha elaborado un documento sobre voluntades anticipadas, que recoge los contenidos del 'Testamento vital' aprobado por la Conferencia Episcopal Española, y los adapta a la Ley del *Parlament*. No se trata de un documento en defensa de la eutanasia activa y radical, sino de un texto en que el paciente pide que no le alargue innecesariamente la vida, cuando no hay posibilidad alguna de curación. Con todo, a juicio del Arzobispo de Barcelona, existe el riesgo de que se pretenda un 'testamento *mortal*' en lugar de un 'testamento *vital*', aunque no se obligue a nadie a firmarlo, si se llegare a formar una mala conciencia a ancianos y enfermos, que les obligue, 'de facto', a firmar el documento⁴³⁸.

Por su parte, el Pleno del Parlamento de *Galicia* aprobó el 8 de mayo de 2001, por *unanimidad*, la Ley Reguladora del *testamento vital*, que permite a los enfermos terminales no recibir tratamiento si hubieran expresado esta decisión en la plenitud de sus facultades. El Obispo de Mondoñedo expresó su aprobación, si bien insiste en que hay que distinguir entre eutanasia activa y eutanasia pasiva, rechazando la primera. Por otra parte, el Colegio de Médicos de Galicia considera que esa Ley supone un obstáculo para los facultativos, ya que el paciente 'puede elegir lo peor'; y propone que sigan desarrollando su labor asesora en aquellos casos en que los enfermos tomen decisiones que, a juicio de los médicos,

⁴³⁷ J. M^a Simón Castellví, Presidente de 'Médicos Cristianos de Cataluña', en *ABC*, 12.12.2000, p. 12.

⁴³⁸ Ricard María Carles, Arzobispo de Barcelona, en *ABC*, 19.6.2001.

se puedan considerar 'erróneas', pues la obligación del médico no es sólo informar, sino, sobre todo, curar.

En el Parlamento Vasco, Izquierda Unida-Ezquer Batúa también ha presentado una iniciativa en la que insta a las autoridades competentes para que emprendan medidas legales y jurídicas encaminadas a discriminar la eutanasia a fin de que los enfermos terminales puedan realizar ante Notario, y, en ocasiones, ante dos testigos idóneos, un *testamento vital* en el que soliciten que no se les alargue la vida artificialmente; así como también nombrar un representante fiduciario. Se recomienda una actualización periódica del documento. Por su parte, el Gobierno vasco ha puesto en marcha en marzo del 2002 un proceso que permita aprobar este mismo año un proyecto de ley que regula la llamada 'voluntad anticipada' y su correspondiente registro central para recogerlas. Ya desde el dos de noviembre del año dos mil uno, el Ayuntamiento de Vitoria, que ya había sido de los primeros en organizar un 'Registro de parejas de hecho', abrió un 'Registro Municipal de Testamentos Vitales', en el que los ciudadanos mayores de edad, que estén empadronados en la capital alavesa y gocen de la capacidad jurídica y de obrar, podrán depositar los documentos que, aseverados por dos testigos que reúnan los mismos requisitos, contengan sus 'voluntades anticipadas', pudiendo así renunciar a prolongar su vida por medios artificiales en caso de una degeneración física irreversible.

Navarra tendrá también en breve una ley que regule el testamento vital, aunque existen aún muchos problemas éticos en la práctica. Los médicos que asisten a estos pacientes manifiestan que, en principio, lo ideal es que sea el propio paciente, junto con su médico, quien valore tanto los inconvenientes como los beneficios de un tratamiento. Sin embargo, los enfermos no suelen estar conscientes llegado el momento, por lo que la decisión de limitar tratamientos recae en médicos y familias.

El Gobierno regional de *Madrid* incluye en la nueva Ley 12/2001, de Sanidad, para empezar a regir el primero de enero del año dos mil dos, el

derecho de los pacientes terminales mayores de edad a que se cumplan sus instrucciones que, al respecto, hayan sido formuladas antes de la enfermedad, por medio de un escrito que contenga sus previas instrucciones, y que será entregado en el centro asistencial, a fin de que quede constancia de todo ello en su historial clínico. No se atenderán las instrucciones que se formulen en contravención de las leyes ni de la ética profesional, por lo que se piensa que este 'testamento vital' excluye toda posibilidad de que aplique alguna forma de eutanasia. Ya la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, en su artículo 28, regula las voluntades anticipadas y sus 'Instrucciones Previas'.

La Ley de *Cantabria* 6/2001, de 26 de noviembre, de Protección a las Personas Dependientes, prevé en su artículo 7,3 'un documento de voluntad anticipada', de características parecidas a las anteriores.

También se están preparando leyes 'de voluntades vitales anticipadas' en los Parlamentos de Andalucía, Extremadura y Aragón.

Tras la aprobación de estas leyes por algunas de las Comunidades Autónomas, todos los grupos del Senado aprobaron una Proposición de Ley de 'Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica'. Se hace hincapié en que no se trata de una 'ley de eutanasia, y que no incorporará previsiones contrarias al Código penal o a la buena práctica médica'. Y se pretende configurar como un derecho fundamental del paciente. Es posible que surjan determinadas ocasiones de inconstitucionalidad en caso de discrepancias fundamentales entre una ley de ámbito nacional y las que vayan aprobando las Comunidades Autónomas, en especial las relativas al artículo 149,1,8º de nuestra Constitución.

g/ Derecho extranjero.

En los *Estados Unidos* se ha preparado a principios de la década de los noventa una propuesta de legislación uniforme sobre los derechos del

enfermo que sufre de una condición terminal, con lo que se viene a otorgar un cierto valor jurídico al 'testamento biológico'. Cada Estado tiene la facultad de aprobarla o no, con o sin modificaciones⁴³⁹. Esta legislación permite que un paciente que sufre de una 'condición terminal' pueda ordenar, -con anterioridad, mientras no padecía de enfermedad que le incapacitara- que se suspenda el tratamiento médico que le mantenga viviendo. En el caso concreto del Estado de Nueva York, una ley de 1990 permite que todo adulto puede confiar a una tercera persona, en una declaración firmada, el derecho a tomar todas las decisiones concernientes a su salud, incluida la de poner fin a sus días, si aquél ya no se encuentra en condiciones de hacerlo por sí⁴⁴⁰. Y en el de Oregon existe un programa de ayuda al suicidio para quienes se consideran incapaces de tomar parte en actividades que constituyen nuestra calidad de vida, al amparo del cual pusieron fin a sus vidas a principios del año dos mil dos el Almirante Chester W. Nimitz y su esposa.

'Condición terminal' (*terminal condition*) supone una condición incurable e irreversible que, sin el auxilio del tratamiento para mantener la vida, en opinión médica, resultará en muerte en un corto periodo de tiempo. Y por 'tratamiento que mantenga la vida' se entiende cualquier procedimiento o intervención médica que, suministrado a un paciente cualificado -aquél que se ha determinado sufre una *terminal condition*- tan sólo serviría para prolongar la muerte (*life-sustaining*).

La fórmula que proponen algunas *sociedades de eutanasia* es la de una 'Declaración a los Médicos', en solicitud de la eutanasia pasiva, ya que en ella se consigna que 'si la aplicación de los procedimientos para el mantenimiento de la vida no va a servir más que para prolongar artificial e inútilmente el momento de mi muerte, una vez que un médico estime que mi muerte es inminente, bien que hayan sido utilizados o no

⁴³⁹ La propuesta fue adoptada en Alaska, Arkansas, Iowa, Maine, Missouri, Montana, North Dakota y Oklahoma. Otros Estados tenían alguna otra legislación sobre el 'testamento vital' (*living will*) o 'muerte natural', como California, el Distrito de Columbia y Nueva York, entre otros.

⁴⁴⁰ Gilles Lipovetski: *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Editorial 'Anagrama', Colección 'Argumentos'. Barcelona, 1994, p. 89.

procedimientos de mantenimiento de mi vida, pido que sea evitado o suprimido el recurso a tales procedimientos y se me deje morir de una forma natural'. Algunos formatos contienen una cláusula especial para el supuesto de mujeres embarazadas, ya que excluye la validez de tal declaración mientras dure el embarazo. En este sentido, se dio lugar a un parto *post mortem*, pues gracias al requerimiento del marido, una mujer dio a luz después de hallarse clínicamente muerta durante varias semanas.

En *Inglaterra* la llamada 'Asociación VESPER' presenta un formato que contiene una declaración ante dos testigos, para que quien sufra en algún momento una enfermedad física grave o un *estado de incapacidad* que razonablemente pudiera ser considerado como incurable, y del que pudiera esperarse que cause graves molestias o incapacitara para una existencia digna y racional, pueda solicitar ser objeto de una eutanasia en el momento o circunstancias indicadas o a especificar, que deja a discreción del médico encargado de su caso; y que no se adopten medidas *activas* y, en particular, no se le apliquen técnicas de reanimación para prolongar la vida o restablecer su conciencia. En otro sentido, los padres de un bebé inglés de diecinueve meses, que había nacido con graves lesiones cerebrales, han perdido la batalla para mantenerlo con vida, pues pese a su oposición, un juez de la Alta Corte de Londres decidió el 13 de julio de 2000 que, en vista de las escasas expectativas de vida que pronosticaban los médicos y no obstante el excesivo optimismo de los padres, se le podría suministrar una medicación para tratar de paliar sus sufrimientos y permitirle finalizar su vida 'de forma pacífica y digna'. Por entender que la solicitud es contraria a los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el 29 de abril del año en curso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el recurso interpuesto contra el Reino Unido por la tetrapléjica Diane Pretty, que padece una enfermedad degenerativa, a fin de conseguir autorización para que su marido la ayude a morir dignamente sin incurrir en delito. Una solicitud posterior, en el mismo sentido, formulada por otra mujer también tetrapléjica, fue admitida por la Juez Elizabeth Butler-Sloss, que dictó sentencia en marzo de 2002, considerando que ello permitirá a la mujer

morir en paz y con dignidad, lo que consiguió, curiosamente, el mismo día 29 de abril pasado.

También en *Suiza*, una sociedad EXIT, por el derecho a morir dignamente (A.D.M.D.), ofrece un modelo de *testamento biológico*, una de cuyas copias deberá ser entregada a un testigo o al médico que asista al enfermo. En caso desesperado o incurable, o si a causa de enfermedad o accidente pueda quedar gravemente impedido, física o *mentalmente*, que se renuncia a toda medida de reanimación, y que le sea administrada la medicación antiálgica necesaria para evitarle sufrimientos, incluso si ello acelerara la muerte.

La Asociación *Belga R.W.S.*, por 'el derecho a morir dignamente' ofrece una fórmula que llama de 'última voluntad', para el caso de que se deteriore sin esperanza la salud física o *mental* del paciente, quien puede disponer que no se mantenga en vida de manera artificial, que se le proporcionen analgésicos en cantidad y calidad suficientes para mitigar el dolor, aun cuando esto pudiera apresurar su muerte, y se le practique lo que se conoce como *eutanasia activa*. Se redacta en cuatro ejemplares, uno de los cuales queda depositado en la sede de la Asociación R.W.S.

En *Holanda*, el Parlamento aprobó por 104 votos a favor y 40 en contra una Ley que regula la *eutanasia activa* en algunos supuestos, que entró en vigor el primero de abril del año dos mil dos. El Congreso del Partido Popular Europeo, celebrado en Berlín del 11 al 13 de enero de 2001, había adoptado una Resolución comprometiéndose a presionar para que no fuera aprobada por el Senado⁴⁴¹. El Vaticano no ha dudado en calificar dicha Ley de 'aberración jurídica' y ha acusado al Estado holandés por 'decretar muertes', alcanzando un triste record. El 'Comité Permanente de Médicos Europeos', así como el de Derechos Humanos de la ONU, según ya hemos dicho, formularon duras críticas a esta ley.

⁴⁴¹ *Alfa y Omega*. Nº 244. 25 enero 2001, p. 26.

En *Puerto Rico*, la legislación propuesta reconocería ‘el derecho del paciente que sufre de una *terminal condition* a rechazar tratamiento para prolongarle la vida, y establecer el procedimiento para hacer valer ese derecho’. Pues el ‘Proyecto’ de la Cámara de Representantes nº 922, de 7 de mayo de 1990, no había sido aprobado por el Poder Legislativo.

En la revista *Entre Colegas*, Pro-Bono, Inc., del Colegio de Abogados de Puerto Rico, se inserta un modelo de ‘Testamento Vital’ ó *Living Will*, curiosamente considerado como una ‘Penúltima Voluntad’ ó ‘Mandato del derecho a la muerte natural’⁴⁴², que se configura como un documento privado, ante testigos, y con la advertencia de que una copia del mismo se ha de entregar a la persona que, llegado el momento, ha de desvelar su contenido para que se cumpla la voluntad del enfermo, que, como vemos, resulta expresado de una manera bastante precaria y débil para decidir algo tan importante como es la propia vida del presunto otorgante.

h/ Sea cual fuere el porvenir de esta modalidad llamada ‘*testamento vital*’ o ‘testamento biológico’, lo cierto es que, por lo general, se plantea como un proyecto de tratamiento de la salud y la vida del paciente ante un

⁴⁴² El Profesor Silva-Ruiz incluye este ‘modelo’ en su *Derecho de Sucesiones*, Butterworth Legal Publishers, Equity Publishing Division, Oxford, New Hampshire, 1992, p. 801. Dice así: ‘A QUIEN INCUMBA EN DERECHO...., mi familia, mi médico, mi abogado, mi confesor, todo centro médico en donde pueda ser hospitalizado(a), toda persona que pueda ser responsable de mi salud, de mi bienestar, de mis asuntos.

‘El(la) abajo firmante.... declara que la muerte es tan real y tan importante como el nacimiento, el desarrollo, la madurez y la vejez y que es absolutamente cierta. Si llegara a un tiempo en que yo fuera incapaz de tomar parte en las decisiones que me conciernen, sea declaración esta la expresión de mis deseos mientras que estoy consciente.

‘Llegado el caso de que se hubiera perdido toda esperanza de curación física o mental, *pido que se me deje morir y que mi vida no se conserve por medios artificiales o medidas heroicas*. No temo a la muerte en sí misma, sino la indignidad, el deterioro, la dependencia y el sufrimiento sin esperanza. Pido, pues, que para calmar mis sufrimientos se me administren medicamentos aunque éstos puedan precipitar mi muerte.

‘Formulo esta petición tras una reflexión madurada. Espero que quienes me quieran se sientan moralmente obligados por la expresión de mi penúltima voluntad. Reconozco que se le confiere una gran responsabilidad, pero hago precisamente esta declaración para aliviarlos de ella.

Fecha.... firma....

‘Testigo..... Testigo.....’

‘Se ha entregado copia de esta petición a.....’

diagnóstico de una enfermedad terminal; pero no se ve extenderse a otras esferas vitales del mismo, como pueden ser la familiar, la patrimonial, etc. Por eso, entendemos que esta fórmula es insuficiente para nuestro estudio de ofrecer una vía legal para regular en forma amplia y eficaz, la autotutela.

4. Por nuestra parte, y de acuerdo con la mayoría de la doctrina, entendemos que el *único documento hábil* para que una persona mayor de edad y en el pleno uso de sus facultades y derechos, nombre tutor para sí mismo, llegado el caso, es una *escritura pública que no sea un testamento*, en que se designen la persona o personas nombradas o excluidas, y las facultades y competencias que se le otorgan, así como cualquier otra disposición alusiva al evento, como puede ser el plazo, elección de residencia, retribución del tutor, nombramiento de suplente o sustituto, instrucciones concretas, etc. No hay razón alguna para negar al propio otorgante las facultades que a los padres concede el artículo 223 del Código civil.

La Ley catalana 9/98, de 15 de julio, exige en su artículo 172,1 que la delación hecha por uno mismo conste en *escritura pública*. Y el Decreto 360/1996, de 12 de noviembre, de organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas, exige en su artículo 1º,1 que sean hechos ‘en escritura pública *que no sea testamento ni codicilo*’. Pues aceptar que estas determinaciones se puedan hacer por medio de testamento supone, o bien desnaturalizar éste, aceptando que produzca efectos antes de la muerte del testador, o condenar a la ineficacia tales determinaciones, cuyo conocimiento nos llegaría una vez fallecido el disponente.

Es mayoritaria la opinión de que en el documento constitutivo de la autotutela puedan constar *otras cláusulas*, directa o indirectamente vinculadas a la misma, o de cualquier otra naturaleza. Así, dice Esther

Muñiz⁴⁴³ que no es necesario que el documento sea exclusivamente tutelar. Para Gómez Oliveros⁴⁴⁴, dentro de la propia escritura de designación de tutor su contenido puede ser *directo*: escritura de designación de tutor, o *indirecto*: disposición complementaria en otra escritura, como donación. También Rivas Martínez⁴⁴⁵, si bien referente al testamento que acepta como medio hábil, es indiferente que su contenido sea único o que contenga otras disposiciones. De la misma opinión parece Pérez-Sauquillo, cuando afirma que no es preciso que sea exclusivamente tutelar: donación, capitulaciones matrimoniales. También Serrano Alonso dice que no es preciso que la escritura tenga por objeto exclusivo la designación de la persona del tutor, pues en la misma se puede realizar la designación de organismos fiscalizadores y cuantas disposiciones oportunas estime el disponente sobre la persona y bienes del tutelado⁴⁴⁶.

Es opinión minoritaria la de los Notarios Prada Guaita⁴⁴⁷, que dice que el documento debe estar dirigido *específicamente* a la regulación de la tutela, y Campo Güerri⁴⁴⁸, para quien, dada la trascendencia del acto, es aconsejable que se trate de una escritura destinada *exclusivamente* a regular la tutela. Consideramos que la exclusividad del objeto puede dar mayor solemnidad al acto y una mayor conciencia de su trascendencia al propio otorgante.

Ya se ha visto que para Rivas Martínez la forma más normal de plasmación documental es el instrumento público, bien la escritura, bien un acta de manifestaciones, incluso un testamento abierto otorgado ante Notario; y ya siendo único su contenido o uno más del total del testamento, si bien reconoce que no será en la práctica lo más normal, y lo lógico es

⁴⁴³ Esther Muñiz Espada: *Las personas jurídicas privadas tutoras*. J.M^a Bosch, S.A., Barcelona, 1994, p. 40.

⁴⁴⁴ José M^a Gómez Oliveros: *Comentarios a la Ley 13/1983*, O.c. en nota 123, p. 637.

⁴⁴⁵ J.J. Rivas Martínez, en *Disposiciones y estipulaciones...*, O.c. en nota 272, p. 230.

⁴⁴⁶ Eduardo Serrano Alonso: *Comentario del Código Civil. Artículo 223*. Coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Bosch, Barcelona, 2000.

⁴⁴⁷ Carlos de Prada Guaita: *Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial*, Conferencia en la Academia Sevillana del Notariado, 23.2.95, en el tomo IX, 1995, p. 207.

⁴⁴⁸ Miguel-Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado...*, en nota anterior, 277, p. 27.

que el vehículo formal más apropiado para esta hipótesis sea la escritura pública o el acta notarial de manifestaciones, si bien, al final, acaba decidiéndose por la *escritura pública*, como el documento más indicado⁴⁴⁹.

La ventaja que brinda esta fórmula del instrumento público *inter vivos*, no testamentario, es la que permitirá un nombramiento conjunto, otorgado por varias personas simultáneamente, padres, hermanos, etc., no obstante el carácter unilateral que hemos venido atribuido a estos nombramientos, en aquellos sistemas legislativos que no admiten el testamento mancomunado.

La exigencia de la máxima garantía se extiende a toda declaración de voluntad que haya de tener un cumplimiento en un futuro más o menos próximo, cuando el sujeto de derecho, que la expresó en un momento de plena lucidez y capacidad, las haya perdido por cualquier circunstancia. Por eso parecen rechazables todas las fórmulas antes expuestas al hablar del *testamento vital*, y éste mismo, cuando no se incluya en un más amplio contexto de autoprotección e incluso de autotutela.

M/ Publicidad.

Algunos autores ponen reparos a esta forma de nombramiento de tutor en documento público *no testamentario*, porque no goza de la misma publicidad que el testamento mediante el Registro General de Actos de Ultima Voluntad, cuya normativa se encuentra en el Reglamento Notarial, Anexo Segundo. No obstante, la regulación actual de este último deja ciertas deficiencias que, en algunos casos, podrían llegar a impedir el fiel cumplimiento de la voluntad del testador en orden a las disposiciones sobre su cadáver: entierro, incineración, donación de órganos, etc., al tener que transcurrir normalmente un plazo de quince días desde la fecha de la defunción⁴⁵⁰ antes de que se pueda expedir una certificación; pero por ésta

⁴⁴⁹ Rivas Martínez, en las citadas *Disposiciones...*, nota 272, p. 354.

⁴⁵⁰ Según el artículo 5º, 3º del citado *Anexo*.

y otras razones, no nos sirve para dar la adecuada publicidad de la autotutela, ya que ésta supone, en principio, que el ordenante de la misma está en esta vida. Por esto, es de importancia arbitrar un medio que permita conocer en su momento oportuno, en caso de incapacidad, la existencia de unas normas que designan el régimen tutelar diseñado por el que va a ser tutelado, cuando tenía capacidad para ello. Ya decía Ana-María García-Granero que la publicidad es el ‘caballo de batalla de este tema’; y Zapatero considera que en la reforma de la Ley 13/1983 hay algunos problemas de publicidad para las delaciones de tutela por medio de documento público notarial, ‘cuestión fundamental sobre la que giró el peso del debate y que constituye uno de los problemas pendientes de resolución’⁴⁵¹. También Rivas Martínez entiende que la publicidad es uno de los problemas que hay que resolver para que la autodelación de la tutela sea eficaz.

Son varios los autores que consideran esencial la publicidad del nombramiento para que pueda surtir la deseada eficacia, si bien varían en cuanto al procedimiento.

Así, Pérez-Sauquillo⁴⁵² propone la expedición de un testimonio por el Notario autorizante del documento y que el propio otorgante lo presente a la *autoridad judicial*; y Rivas Martínez⁴⁵³, que considera preferible su comunicación al nombrado *tutor*. En lo esencial coinciden con Díez del Corral⁴⁵⁴ y Rogel Vide⁴⁵⁵, para quienes la falta de publicidad se puede obviar comunicando la fecha y el Notario del otorgamiento a *persona de su confianza*, lo cual, por otra parte, no deja de generar graves problemas. Por nuestra parte, sin perjuicio de la publicidad que veremos más adelante, creemos que ayudaría a ello la advertencia que haga el otorgante a parientes próximos, amigos más o menos íntimos, además de hacerlo al

⁴⁵¹ Zapatero: *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*. ‘RGLyJ’, 1985, p. 75.

⁴⁵² Pérez-Sauquillo: *Reflexiones sobre la reforma...* ‘Revista de Derecho Notarial’, CXXIII, enero-marzo/1984, p. 443.

⁴⁵³ J.J. Rivas Martínez, en trabajo citado en nota 272, p. 235.

⁴⁵⁴ Jesús Díez del Corral: *Comentarios al Código civil, arts. 214, 218 y 219*. Ministerio de Justicia, I, 223.

⁴⁵⁵ Carlos Rogel Vide, en *Comentarios al Código Civil*. O.c. en anterior nota 293, p. 699.

mismo designado, a fin de que cuando llegue el evento que produzca la tutela se puedan adoptar las medidas previstas en la escritura.

Consideramos que la solución más acertada es la propuesta por Ventoso Escribano⁴⁵⁶ que dice que, en principio, parece que de todo documento, testamentario o no, que contenga disposiciones acerca de la tutela de los hijos se debería dar parte al Registro civil, independientemente de que de los testamentos también se dé razón al de Actos de Última Voluntad. Aunque se incluyen en esta propuesta las varias formas de delación de la tutela, hecha por cualquier persona capaz y en cualquier documento válido, la solución creemos que se encuentra en la comunicación que el Notario autorizante de la escritura en que alguien designe un tutor para sí mismo si llegare a ser incapacitado, deberá remitir al Registro civil donde conste inscrito el *nacimiento* del otorgante, un testimonio en relación con expresión de los datos personales del mismo y omitiendo el nombre del designado, circunstancia aquella que *siempre* se consignará en la misma escritura, con expresión de lugar y fecha y, si fuere posible, los datos de la propia inscripción. El Encargado del Registro anotará este otorgamiento al margen de la inscripción de nacimiento; pero, si constase, deberá omitirse *el nombre del designado*. Así cumple la inscripción primera del nacimiento su función como eje de las circunstancias registrales posteriores, según quería la Ley del Registro civil.

La *vis* atractiva de los Registros Civiles es reconocida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual, en su artículo 755, dispone que, cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en procesos especiales sobre capacidad de las personas ‘se comunicarán de oficio a los Registros para la práctica de los asientos que correspondan’. Y a petición de parte, ‘se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan’.

⁴⁵⁶ Alfonso Ventoso Escribano, Notario de Madrid: *La reforma de la tutela*. ‘Colex’, 1985, p. 508.

El procedimiento que, a nuestro juicio, consigue la adecuada publicidad, siempre dentro de la natural reserva o discreción, cuando no del secreto, que debe ser la pauta en esta materia destinada tan sólo a los interesados, es el siguiente:

Una vez autorizada la escritura de nombramiento de tutor para el propio otorgante, y si éste no ha hecho declaración alguna en otro sentido, el Notario enviará un testimonio en relación al Encargado del Registro Civil correspondiente por razón del nacimiento de aquél, a fin de que extienda la pertinente nota al margen de dicha inscripción, como dispuso el artículo 39 de la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957 y disposiciones reglamentarias concordantes. Lo que deberá comunicarse al Notario autorizante.

En todo expediente de incapacitación, y una vez producida, declarada la procedencia de la tutela, el Juez que lo instruye solicitará de oficio, si no hay instancia de parte, una certificación literal de la inscripción de nacimiento de la persona a quien va a afectar la declaración de incapacitación; y si en dicho documento aparece indicación alguna al respecto, deberá dirigirse al Notario autorizante de la escritura en solicitud de copia de la misma, debiendo proceder en lo sucesivo teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en ella, con tal de que sean compatibles con las facultades que las leyes, en su tiempo y en su lugar, confieren al Juez, siempre en beneficio del tutelando. Con esta medida, dice Ventoso Escribano, cuando el juez, al constituir la tutela, solicite certificación literal de nacimiento del tutelando, comprobará la existencia de un documento organizador de la misma. El encargado del Registro dejará constancia de haber expedido esta certificación mediante nota al margen de la inscripción.

En caso de *revocación* del nombramiento o de algún otro extremo de la escritura, se deberá seguir el mismo procedimiento que para la revocación del poder, pero sin necesidad de comunicar nada al que hubiera sido designado, salvo que conste de cualquier manera que ha

tenido conocimiento de tal nombramiento y que, en consecuencia, queda exonerado de publicarlo en caso de procedimiento de incapacitación. Por supuesto, la revocación deberá constar igualmente en escritura pública de la que se dará cuenta al Registro civil correspondiente.

Conviene recordar que, según el artículo 149,1 de la Constitución Española, 'el Estado tiene competencia exclusiva sobre: ... 8ª... ordenación de los registros e instrumentos públicos'; lo que el Tribunal Constitucional ha venido recordando en varias Sentencias, en especial la de 11 de noviembre de 1999, recaída en Recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno español contra un artículo de la Ley foral navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y la Vivienda.

La posibilidad de un *Registro especial de tutelas*, que parece propiciar Ventoso Escribano como alternativa a su adaptación al Registro Civil⁴⁵⁷, semejante al que existe en Cataluña bajo la denominación de 'Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios', será examinada más adelante en este trabajo.

N/ Eficacia.

1. Dentro de los límites legales y, en caso de duda, de lo que disponga el Juez en resolución motivada, la eficacia de la *autotutela* no es distinta de la que el sistema otorga a la tutela en general.

Así, el otorgante puede establecer el régimen de su tutela con plena libertad en cuanto al nombramiento de tutor, designando personas para desempeñar el cargo, o excluyendo a otras, para que actúen de forma conjunta o individual, sustitución de unos y otros, y normas de actuación, así como la creación de organismos tutelares; establecer los derechos, las obligaciones, las prohibiciones y las atribuciones y retribuciones, en su

⁴⁵⁷ Ventoso Escribano; *La reforma de la tutela*. Editorial 'Colex', 1985, p. 508.

caso, del tutor; así como los plazos y condiciones que deben cumplir quienes accedan a tales cargos.

Aunque, como hemos visto, algunos autores consideran aceptada por nuestro Derecho positivo la *autoregulación de la tutela*, otros⁴⁵⁸ se preguntan su eficacia en vista del silencio de la Ley, en especial la *fuerza vinculante* para el Juez que es quien, en definitiva, debe resolver el caso.

Ya vimos cómo Badosa⁴⁵⁹ cree que el rechazo de la *autotutela* en la Ley 13/1983 no es obstáculo para que el proyecto mantenga plenamente su fuerza como proyecto de política legislativa. Y Garrido Melero⁴⁶⁰ dice que será en los protocolos notariales donde se verá la búsqueda de soluciones jurídicas a los diversos problemas que plantean las instituciones tutelares.

2. ¿Es *vinculante* para el Juez? La designación de tutor efectuada en documento válido no puede ser ignorada, y debe ser tenida en cuenta por la autoridad judicial a la hora de deferir la tutela, según opina Esther Muñiz⁴⁶¹. En la posición contraria, Rivas Martínez⁴⁶² afirma que los nombramientos realizados por una persona en su propia autodelación de la tutela *no son absolutamente vinculantes para el juez*. En el *Preámbulo* de la Ley 11/1996, de 29 de julio, del *Parlament de Catalunya*, se dice que dichos nombramientos no son vinculantes para el juez 'si se han producido nuevas circunstancias que cuestionan la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente'. Una vez más debemos considerar que el régimen jurídico de esta institución está presidido por su primordial función, que es el mayor beneficio para el tutelando.

⁴⁵⁸ Castillo Tamarit, en 'Revista Jurídica del Notariado', nº 39, 2001, citado en nota 277, p. 42.

⁴⁵⁹ Ferrán Badosa Coll: *La autotutela*, en el 'Libro Homenaje al profesor Lacruz', vol. II, p. 903.

⁴⁶⁰ Martín Garrido Melero: *La reforma de la tutela en Cataluña*. 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', febrero/1995, p. 21.

⁴⁶¹ Esther Muñiz Espada: *Las personas jurídicas privadas tutoras*. Citado en nota 160.

⁴⁶² J.J. Rivas Martínez: *Ponencias...* antes citadas en nota 272, p. 226.

Para Pérez Sauquillo⁴⁶³, en última instancia la facultad decisoria es la judicial. Y aunque el artículo 234, 3º del Código civil hable de ‘disposiciones de última voluntad’ cree que hay que entender que el mismo trato debe darse al caso de nombramiento en ‘documento público notarial’.

El sistema de tutela de autoridad, de tutela judicial, que introdujo en nuestro ordenamiento la Ley 13/83, de 24 de octubre, impregna toda la regulación de la institución, y, por tanto, es el juez quien decide, en última instancia, toda cuestión referente a la tutela de estos incapaces. La *salvaguarda de la autoridad judicial* que proclama el artículo 216, ya en los primeros artículos sobre la materia, parece no admitir excepción alguna a tal autoridad. Pero a esa frase antecede esta otra: ‘las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado’. Ya hemos visto anteriormente que siempre debe de tenerse en cuenta ‘el beneficio del menor o incapacitado’ (artículo 224), ‘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 de que estas recomendaciones obligan también a los jueces, que deberán apreciar las circunstancias de su aplicación. En cualquier caso, nos hallaríamos ante unas circunstancias de hecho, en las que la decisión judicial sería, como regla general, definitiva.

Pero un examen más detenido de los artículos citados podría llevarnos a otras conclusiones. Así, el 224 se limita al artículo anterior, o sea, al nombramiento hecho por los padres, lo mismo que el artículo 225. El 234,2 sólo afecta al orden del nombramiento, según sea hecho por determinadas personas a las que se refiere su párrafo primero, pero para nada alude, lógicamente, al realizado por el propio sujeto a tutelar; y lo mismo el artículo 235. El 239 se concreta a la tutela de los menores desamparados, y no parece aplicable a los mayores incapacitados. Y el 246 tampoco es aplicable a nuestro caso, ya que hace alusión a los tutores designados por los padres en sus disposiciones de última voluntad.

⁴⁶³ Marcos Pérez-Sauquillo: *Reflexiones sobre la reforma...* ‘Revista de Derecho Notarial’, CXXIII, enero-marzo/1984, p. 441. Y Castillo Tamarit o.c. en nota 271, p. 43.

Nadie expresará mejor lo que le conviene que el propio sujeto a tutelar. Hemos visto al estudiar el fundamento que esto es generalmente admitido. A lo largo de este trabajo venimos sosteniendo, con numerosas citas, que el *interés del tutelado* es el eje central sobre el que pivota la institución tutelar; y a ellas nos remitimos para no resultar reiterativos. Y de ser así, ¿cómo podrá el juez eludir las normas que el propio tutelado haya dispuesto, siendo capaz, en previsión de su incapacitación? Creemos que debe concertar la busca del interés del tutelado con la función de salvaguarda que le asigna el Código civil. Por eso, parece lógico que si debe someterse a tutela a una persona que previó tal evento, y no ha modificado su deseo, el juez debe atenerse a lo decidido por el mismo. Únicamente deberá prescindir de ello en los casos en que presumiblemente y fundadamente quepa pensar que aquél hubiera cambiado de parecer. Es el caso, por ejemplo, de indignidad del designado, de condena del mismo por cualquier causa, y otras que se hayan producido con posterioridad al acto dispositivo o que, habiéndose producido con anterioridad, el ordenante no las hubiese conocido; siempre que todo ello se hubiera producido 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.

3. Dentro del amplio contenido, se admite generalmente que se pueda no solamente nombrar tutor, sino también, como hemos visto, establecer órganos de fiscalización de la tutela, designando a las personas que hayan de integrarlos, así como excluir a unos y otros; y, en general, toda disposición referente a la persona y a los bienes del tutelado.

Pero se discute la posibilidad de que al ordenarse la autoregulación de la tutela el propio disponente *prohiba la intervención judicial*. Por la

afirmativa se inclina Campo Güerri⁴⁶⁴, así como quienes abogan por el abandono del sistema de tutela judicial y se deciden por el modelo de tutela de familia, alegando que aquél está muy lejos del tutelado, y nadie mejor que éste para saber si las personas por él designadas precisan alguna suerte de control externo; sin más límites que el que resulte del sistema de legítimas. Por nuestra parte creemos que el artículo 216 del Código Civil excluye esta posibilidad al establecer como disposición general que ‘las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y *estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*’. No obstante, el mismo Código en su artículo 234 atribuye una relativa eficacia al nombramiento de tutor hecho por ciertas personas, al imponerse al Juez; pero atribuye a éste, al mismo tiempo, la facultad de alterar ese orden en resolución motivada.

En el nuevo Derecho catalán tendremos ocasión de ver la evolución en este punto. La Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares declara en su Preámbulo que el modelo de tutela familiar es el vigente, de acuerdo con la tradición jurídica catalana, y la amplia libertad de la autoridad paterna no supone que se elimine la intervención judicial, pues el Juez es quien nombra al tutor, le da posesión del cargo, lo remueve y califica su capacidad y quien, en última instancia, ‘vela para que se ejerza correctamente el cargo’. La Ley 11/1996, que modifica la anterior, entiende que los nombramientos *no son vinculantes* para el Juez si se han producido nuevas circunstancias que cuestionan la idoneidad de la decisión personal tomada anteriormente. Sin embargo, la nueva Ley 9/1998. del Código de Familia, restringe fuertemente esta posibilidad, al condicionarla en su artículo 172,2º.

O la posibilidad de dispensar al tutor de su obligación de *rendir cuentas*, que niega el Profesor Fernando Pantaleón⁴⁶⁵, cuando afirma que nadie puede conceder esta dispensa de futura obligación del tutor, ni el

⁴⁶⁴ Miguel-Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado...* ‘Revista Jurídica del Notariado’, nº 34, abril-junio/2000, p. 27.

⁴⁶⁵ Fernando Pantaleón: *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*. ‘Tecnos’, Madrid, 1986, p. 625.

Juez, ni los padres que le hayan designado; pero ¿podrá hacerlo el que va a ser tutelado? Como únicas excepciones a esta obligación, considera los casos de tutor único heredero del tutelado, si acepta pura y simplemente, no a beneficio de inventario, y tutelado único heredero del tutor. También se inclina por la negativa a dar validez a tal dispensa González Poveda⁴⁶⁶, al afirmar que el deber de rendir cuenta general no puede ser dispensado, ni siquiera por los padres que hayan designado tutor en testamento o en documento público notarial.

Algunas legislaciones extranjeras declaran la ineficacia de estas disposiciones que eximen al tutor de la rendición de sus cuentas. El artículo 584 del Código civil para el Estado de Querétaro, de 1990, dispone que 'la obligación de dar cuenta (de la tutela) no puede ser dispensada en contrato o en acto de última voluntad'. Y el artículo 323 del Código civil de la República Oriental del Uruguay prohíbe la cláusula que exonera (al tutor) de su obligación de dar cuenta de su administración.

Ñ/ Modificación.

El acto por el cual una persona establece su régimen tutelar para el caso de una futura incapacitación está sujeto a las normas generales sobre relatividad, eficacia y obligatoriedad de las declaraciones de voluntad. Y ello tanto por lo que se refiere a la persona del designado como a las demás previsiones establecidas. Pero en especial, para el caso que venimos estudiando, es interesante referirse a estos extremos:

1. *Antes de la declaración de la incapacitación, es evidente que el interesado puede modificar y revocar en todo o en parte lo que tuviera ordenado, con la natural repercusión, ya contemplada, de que se haga constar en el Registro civil correspondiente. Esta posibilidad es admitida por la generalidad de la doctrina: así, Pamblanco Lillo entiende que, en otro*

⁴⁶⁶ Pedro González Poveda: *Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela*, en 'La incapacitación', Bosch, Barcelona, 1999, p. 119.

caso, se crearía un vínculo de dependencia que conduciría a una situación de esclavitud incompatible con lo señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con el artículo 10,1 de nuestra Constitución⁴⁶⁷.

Si la modificación es *parcial* se entenderán subsistentes las demás disposiciones, aunque su validez y permanencia no se expresen, siempre que sean compatibles con el superior *interés del tutelado*, y con lo demás dispuesto por el mismo.

La *revocación* podrá hacerse por medio de otra escritura pública de la que resulte indubitada la voluntad, y cualquiera que sea el objeto y finalidad de la misma. Aunque no se trate de una disposición testamentaria de última voluntad, es revocable como cualquiera otra.

Es inconcebible la *impugnación* del acto o del nombramiento, ya que éste, además de mantenerse normalmente reservado, no confiere derecho alguno a terceras personas.

2. *Después* de la declaración de la incapacitación, cabe la modificación, de la misma manera que procede en la tutela, en general. La remoción, la renuncia, la incompatibilidad, etc., son aplicables al caso de *autoregulación* de la tutela.

¿Cabe la modificación dispuesta por el propio tutelado en un intervalo lúcido? La respuesta es, a nuestro juicio, afirmativa, siempre que la haga por otra escritura y no por vía testamentaria, pese a invocarse por analogía el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 665 del Código civil. La fórmula testamentaria, ya excluída para la ordenación de la *autotutela*, debe estimarse inadecuada para su modificación, por las mismas razones antes expuestas de falta de eficacia y de publicidad inmediata. Cuando se abra la sucesión por muerte del testador, éste ya no tiene necesidad de tutor.

⁴⁶⁷ Esther Pamblanco Lillo: *Los testamentos biológicos*. 'Revista de Derecho Privado', Noviembre/1998, p. 998.

Garrido Melero⁴⁶⁸ admite la *impugnación* del nombramiento así como de la exclusión de alguna o algunas personas para el cargo de tutor, en caso de una circunstancia sobrevenida que pueda perjudicar el superior interés del tutelado. Parece lógico admitir la impugnación presentada por aquellos que, en su caso, serían llamados a la tutela de conformidad con el artículo 205 del Código civil, así como por el Ministerio Fiscal. Ya veremos cómo la legislación catalana recoge esta posibilidad.

En todo caso, siempre será la *autoridad judicial*, teniendo en cuenta el superior beneficio del tutelado, la que decida, en resolución motivada, lo que haya de realizarse.

La negativa a prever o a realizar estas modificaciones supondría condenar al tutelado a un permanente secuestro de su persona y sus bienes.

O/ Extinción.

1. No olvidemos que estamos ante un caso de tutela, caracterizado por la peculiaridad subjetiva del ordenante de la misma. Por eso también aquí son de aplicación las normas generales del Código civil en la materia, y por tanto la tutela *autoregulada* se extingue 'por fallecimiento de la persona sometida a tutela' (artículo 276,3º), así como al dictarse la resolución judicial que pone fin a la incapacitación, a que se refiere el artículo 277,2º. Como particularidades tenemos las siguientes:

1ª. *Cumplimiento del plazo* para el que fue nombrado tutor y sin que se haya previsto sustituto. El cese hace referencia al acto de su nombramiento, pues la tutela sigue, si bien ya no es bajo el tutor nombrado por el tutelado en sus momentos de lucidez. Ya no es una *autotutela*.

Podemos preguntarnos si continúa el mismo régimen de tutela previsto por éste con un determinado tutor, o si, por el contrario, al desaparecer el nombrado cae también la vigencia de lo demás que, en su caso, hubiera ordenado. Una vez más, la prudencia del Juez decidirá lo más conveniente en beneficio del tutelado. Pues es muy posible que, en atención a la persona designada como tutor o a sus particulares virtudes el otorgante del documento le haya concedido ciertas facultades de cuyo ejercicio hubiera querido privar a otra persona.

2ª. *Muerte o incapacitación del tutor, sin designación de sustituto.* Es un supuesto que admite la misma solución que la propuesta para el caso anterior. Tanto en uno como en otro caso, desaparece la figura del tutor que se ha nombrado en el acto 'fundacional' de la *autotutela*, pero la situación de tutela persiste.

3ª. Incumplimiento por el tutor de *condiciones y cargas* impuestas en la escritura de *autoregulación de la tutela*. Como queda dicho más arriba, entendemos que en esta autoregulación el otorgante puede disponer cuanto considere conveniente al fin propuesto, en orden a prevenir su tutela. Por esto, tienen cabida en esta escritura tanto determinar un plazo final como disponer todo tipo de cláusulas y condiciones que convengan al deseo y al interés del disponente, entre las cuales es posible la imposición de condiciones y de cargas cuyo cumplimiento haya de ser exigido escrupulosamente por el Juez en su misión de 'salvaguarda'; de manera tal que su incumplimiento total o parcial o su cumplimiento no acorde con lo dispuesto, produzca el cese del tutor, provocando la apertura de un proceso de remoción que decidirá el Juez en resolución motivada. Puede cuestionarse la posibilidad de que el propio ordenante de la tutela releve al tutor de este riguroso cumplimiento, lo que parece favorable a la solución afirmativa, salvo que tuviera la fuerza de una verdadera condición con efectos resolutivos expresos.

⁴⁶⁸ Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona: *La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad... y la autotutela en Cataluña*. 'La Notaría', Col.legi de

- VI -

Examen especial de la Ley 11/1996, de 29 de julio, del

Parlament de Catalunya.

A/ Después de haberse frustrado la primera regulación legal de la *autodelación de la tutela* en lo que habría de ser Ley 13/83, de 24 de octubre, la iniciativa quedó en poder del *Parlament de Catalunya*, que la introdujo por medio de la Ley 11/96, de 29 de julio, a cuyo final se llegó después de un *proceso histórico* cuya relación está acertadamente expuesta en el trabajo de María de los Angeles Parra⁴⁶⁹, y que brevemente resumimos.

1. El *sistema tutelar en Cataluña* venía guardando ciertas diferencias con el que regía en los territorios llamados de Derecho común, del que rechazaba algunas figuras, como la del Consejo de familia. Sin embargo, la *Memoria* elaborada por el Colegio de Abogados y el distrito notarial de Tortosa en 1899, aceptaba el sistema del Código y en especial dicho Consejo, curiosamente, por entender que ha venido a formar parte del

Notaris de Barcelona, 1997, p. 21.

⁴⁶⁹ María de los Angeles Parra Lucán: *El régimen de tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán*, en 'Revista Jurídica de Castilla-La Mancha', Toledo, nº 20, abril de 1994, ps. 79 y sigs.

Derecho de la comarca por práctica que constituye ya costumbre, y que se consideraba preferible a la intervención de la autoridad judicial. Los proyectos 'Almeda-Trías' y 'Romaní-Trías' de 1903, también incluían el Consejo de familia.

El *Proyecto de Apéndice de 1930*, tomando como base la Memoria de Durán y Bas, considerado como el precedente de la Compilación de 1960, no contenía norma alguna sobre *tutela*, por lo que se entendía que acepta en esta materia la totalidad de las disposiciones del Código civil.

2. La *Constitución española* de 9 de diciembre de 1931 confirió un gran ámbito de potestad legislativa civil a aquellas regiones que llegaren a alcanzar Estatuto de Autonomía, entre ellas, Cataluña, que lo recibió el 15 de septiembre de 1932, y con él, el reconocimiento de la posibilidad de desarrollar el ordenamiento civil catalán. A su amparo se promulgaron varias leyes especiales que deberían integrarse al fin en un proyectado *Código civil catalán*: mayoría y habilitación de edad, de 8 de enero de 1934, que contenía algunas normas en materia de *tutela* y curatela; contratos de cultivo, de 14 de junio de 1934; capacidad jurídica de la mujer y de los cónyuges, de 19 de junio de 1934; y sucesión intestada, de 7 de julio de 1936.

Quedaron pendientes varias iniciativas parlamentarias, y entre ellos el denominado *Projecte de Llei de tutela i curatela*, Constaba de 236 artículos, y en el artículo 19 se admitía que el nombramiento de tutor podría ser hecho por el propio interesado para el futuro; es decir, se permitía la *autotutela*. En su Título IV regulan un *Registro de Tutelas* los artículos 228 al 233. Como afirma Parra Lucán, 'el análisis del contenido del texto muestra el rechazo al sistema tutelar del Código civil, y una vuelta a las reglas que con anterioridad habían regido en Cataluña, fundamentalmente de inspiración romana'.

3. El *Parlament*, en sesión plenaria de 29 de abril de 1981, dispuso la creación, en el seno de la Comisión de Justicia, Derecho y Seguridad

Ciudadana, de una Ponencia conjunta al objeto de elaborar una Proposición de Ley para adecuar la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña⁴⁷⁰ a la realidad social catalana de entonces. La operación se haría en dos fases.

Fruto de sus trabajos son una serie de Leyes especiales (*primera Fase*) cuyo destino sería, llegado el momento, ser refundidas en un texto único codificado para cada una de las ramas capitales de su peculiar Derecho: el de familia, el de sucesiones y el patrimonial (*segunda Fase*). Entre estas Leyes especiales destacan: la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de *Tutela e Instituciones Tutelares*, que en su primitiva redacción, no contenía disposición alguna referente a la *autodelación* de la tutela; la Ley 40/1991, de 30 de diciembre que contiene el Código de Sucesiones por causa de muerte; y varias en materia de Derecho de Familia, la última de las cuales es la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Todavía habrían de promulgarse las Leyes 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua; 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, para regular situaciones especiales de convivencia respecto a personas mayores, y 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores.

4. Pero no por ello el problema dejaba de preocupar, por la dimensión social que suponía. En efecto, en el mes de marzo del año 1995, el Programa *Vida als anys* de la Generalitat de Catalunya, que gestiona los servicios sociosanitarios destinados a ancianos y enfermos crónicos, organizó en Barcelona un Congreso de Psicogeriatría, en el curso del cual fueron expuestas y desarrolladas las ventajas de la *autotutela*. Expertos en Sanidad, Derecho y Servicios Sociales propusieron esta 'innovadora figura' como alternativa a la incapacitación legal en el caso de los ancianos que sufren un proceso de demencia senil. Consiste en que, en el momento en que el anciano sabe que va a entrar en ese proceso degenerativo pueda designar él mismo la persona que quiere que le

⁴⁷⁰ Texto refundido mediante Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.

represente legalmente y que decida por él cuando pierda sus facultades mentales. Se reconocía, no obstante, que esta figura no está prevista en la legislación actual, *aunque tampoco está prohibida*. En su intervención, el Notario Joaquín de la Cuesta defendió esta alternativa de la *autotutela*, exponiendo que el enfermo debe tener derecho a escoger personalmente un tutor cuando prevé para un futuro próximo la pérdida de sus facultades⁴⁷¹. Sin embargo, ni el Código civil ni la Ley de Tutela catalana tenían en cuenta abiertamente esta posibilidad⁴⁷².

5. Las propuestas de este Congreso tuvieron el eco legislativo deseado, mediante la *Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991*. Ya en su Exposición de Motivos o Preámbulo, se parte de los mismos puntos que nos han servido para iniciar el presente trabajo: examen de la realidad social, aumento de la esperanza de vida de la población, y sobreenviejamiento de las personas, que conduce a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno. A continuación, añade que las modificaciones que introduce están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma. Y en el articulado ya se introduce la *autotutela* por modificación de los artículos 4º y 5º de la Ley 39/1991.

En su artículo 1º, modifica dichos artículos de la Ley 39/1991, con esta nueva redacción: '*Artículo 4*. La tutela se defiere por: a) testamento o codicilo; b) *escritura pública*; c) resolución judicial'; y '*Artículo 5*. 1. Cualquier persona en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos, u ordenar que una persona o más de

⁴⁷¹ Se expuso en el citado Congreso el caso de un industrial de mediana edad, separado legalmente de su mujer y distanciado de sus hijos, ya adultos, al cual se diagnosticó el *mal de Alzheimer*, y a quien su médico aconsejó 'arreglar sus cosas, porque pronto perdería la razón'. El enfermo acudió a un Notario, que le informó que ningún texto legal ni de Derecho civil común español, o especial de Cataluña, prevenía esta situación. El industrial quería que fuese un amigo personal, y no su familia, el encargado de representarle y cuidarle. La solución fue legitimar, por documento público, un doble nombramiento para el amigo tutor, para decidir sobre las cuestiones personales, y administrador de los bienes patrimoniales. No pudo descartarse, sin embargo, la futura intervención del Juez.

una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido en la presente Ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior’.

En su artículo 3º añade una Disposición adicional tercera a la Ley 39/1991, por la que en el punto 1) se establece el *Registro de Tutelas y Autotutelas*, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5. En el punto 2) se dispone la remisión a este Registro por los Notarios autorizantes, de un oficio al efecto, *pero sin indicar la identidad de los designados*. Y en su punto 3) dispone que reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad de dicho Registro.

Se trata de la primera regulación de la *autotutela* en derecho positivo español. Al lado del sistema de tutela judicial, se abre la posibilidad de la *tutela familiar*, admitiendo la sustitución de la intervención del Juez en el control de actuación del tutor por la del *Consell de família*, que puede establecerse en los casos de tutela deferida por el mismo titular, o por los padres del mismo. Se introduce, pues, el sistema de la delación de la tutela por el mismo interesado. Para Nuria de Gispert i Català, Consejera de Justicia de la Generalitat, ‘el sistema de delatió de la tutela pel mateix interessat o *autotutela*, es regula en forma similar a la del projecte de llei presentat sobre aquest punt al Parlament de Catalunya’⁴⁷³.

Para Carpio González⁴⁷⁴ la crítica, en general, prescindiendo de la inexistencia de fundamento foral pleno, por falta de uniforme tradición

⁴⁷² Información tomada de *Gazeta de los Notarios*, nº 66, marzo/1995, p. 16.

⁴⁷³ ‘Carta de la Honorable Consejera de Justicia sobre el Proyecto de *Código de Familia*’, por Nuria de Gispert i Catalá. Nota adjunta, en ‘La Notaría’, nº 5, abril/1996, p. 41.

catalana, es favorable. ‘Regula, con valentía, algo que recientemente se está tratando, ante la amenaza de enfermedades y el crecimiento de la población de personas de edad avanzada, que exige la *previsión de medidas de autoprotección*. ¿Quién mejor que uno mismo?’ Y concluye, lo recordamos, diciendo que puede ser el laboratorio de futuras normas generales o territoriales ‘que se deberán a la *previsora* aportación de los catalanes’.

6. La *Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*, en su Título VII trata de ‘La tutela y demás instituciones tutelares’, y su Capítulo II, de ‘La delación de la tutela’. La Sección 1ª, ‘La delación voluntaria’, comienza con el *artículo 172: Delaciones hechas por uno mismo*. En su Disposición Final Primera dispone la sustitución por los correspondientes preceptos del *Código de Familia*, de varias disposiciones y artículos, entre aquéllas, la *Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, excepto la disposición adicional primera*; y la *Ley 11/1996, de modificación de ésta*.

El texto del citado artículo 172 es el siguiente:

‘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, prevalecerá la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva.

⁴⁷⁴ Ignacio Carpio González, Notario de Toledo: *Primera regulación de la autotutela...* citado en nota 288, p. 2.824.

'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'.

A continuación, y dentro del mismo Capítulo II, se regulan supuestos de sustitución, control y remuneración al titular de la tutela (artículos 174, 176 y 177, respectivamente).

La *remoción* del tutor puede ser solicitada por la persona tutelada, por causa sobrevenida de inhabilitación, por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, o por ineptitud o negligencia en su ejercicio; así como en caso de que se produzcan problemas de convivencia con la persona tutelada. En la resolución que ordena la remoción deberá nombrarse a la persona del nuevo tutor (artículos 195 y 196).

7. Todavía debemos señalar que, en el proceso legislativo civil particular de Cataluña, como señalamos antes, se promulgaron las *Leyes 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua; 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, y 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores.*

B/ El artículo 149, 1, 8ª de la Constitución confiere al Estado competencia *exclusiva* sobre legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos.

El pretendido y anunciado *Código de Derecho Civil de Cataluña*, antes citado, podría llegar a rozar dicho precepto constitucional. Ya con relación a la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones

Tutelares, hablaba Díez del Corral⁴⁷⁵ de ‘desarrollo exagerado del Derecho foral’. Según Susana Navas⁴⁷⁶ para interpretar debidamente el reparto competencial debe atenderse al artículo 149,1 de la Constitución y no al artículo 9 del Estatuto de Autonomía para Cataluña, que en su número 2 habla de ‘la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil *catalán*’. Todo estriba en saber el auténtico sentido de estas expresiones, y su verdadero alcance.

El Profesor García Amigo⁴⁷⁷ al estudiar ‘la competencia legislativa civil y la Constitución’, hace un detallado análisis de su artículo 149,1,8º, así como de la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional; y denuncia que determinadas Comunidades Autónomas -Cataluña, Galicia, Aragón y Baleares- no sólo han usado sino que también han abusado de las competencias -o al amparo de ellas- atribuidas por el 149,1,8º. Al mismo tiempo critica la interpretación según la cual el Derecho Civil Foral o especial de cada Comunidad Autónoma sea todo el que se *aplica* en dicha Comunidad, conste en su Compilación y sus leyes especiales, o en el Código civil; lo que nos llevaría a admitir, de una parte, la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas en todo el Derecho civil, y de otra, la competencia del correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Con lo cual, concluye, se está operando en la práctica a través de la promulgación por los Parlamentos autónomos de leyes o Códigos especiales, que vacían de contenido a las Compilaciones forales -caso de Cataluña, con el llamado ‘Código de sucesiones por causa de muerte’, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre-; o incluso que sustituyen a la propia Compilación -caso de Galicia, con la Ley 4/1995, de 24 de mayo, que se titula ‘Derecho Civil de Galicia’, que no llama Compilación, ni Derecho foral, ni ley especial -.

⁴⁷⁵ Jesús Díez del Corral Rivas: *Legislación práctica sobre el Registro Civil*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1993, p. 185.

⁴⁷⁶ Susana Navas Navarro: *La competencia en materia civil de la Generalidad de Cataluña*, en ‘Revista de Derecho Privado’, octubre/1994, p. 874.

⁴⁷⁷ En su obra *Derecho Civil de España, I. Parte general*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997, ps. 39 y s. Un estudio de esta problemática, en Alberto Arce Janarías: *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, ‘Civitas’, Madrid, 1998.

La misma dudosa constitucionalidad es sustentada por algunos juristas en relación con otras iniciativas legislativas del *Parlament*. El Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse alguna vez sobre el tema, respecto de ésta y otras Comunidades Autónomas: así, en la citada Sentencia 88/1993, de 12 de marzo. Pero esta es cuestión ajena a nuestro propósito de estudiar la *autodelación de la tutela* en Cataluña.

Escribe Garrido Melero⁴⁷⁸ que esta Ley tiene como finalidad la autointegración del Derecho catalán 'sin necesidad de acudir al Código civil', al Derecho supletorio. Se decanta por el modelo de *tutela familiar*, de acuerdo con la tradición jurídica española, incluida la catalana.

C/ Si comparamos lo que llevamos dicho para el régimen de la *autotutela* con la regulación de la misma en la citada *Ley catalana 9/1998, del Código de Familia*, surgen las siguientes observaciones:

1. En el *Preámbulo* de la Ley 9/1998 se dice:

a/ el propósito de *protección de la familia* y de las finalidades que le incumben se pone de relieve a lo largo de todas las instituciones que regula;

b/ en el respeto de la *autonomía de la voluntad* puede incardinarse la institución de la *autotutela*;

c/ el sistema de *tutela familiar*, como concreción del principio más amplio de libertad civil, ha inspirado tradicionalmente el modelo de tutela vigente en la sociedad catalana, y se refuerza con la creación facultativa del *Consejo de tutela*, el cual sustituye en algunos casos a la intervención judicial;

⁴⁷⁸ Martín Garrido Melero, Notario de Tarragona: *Perspectivas de la Ley 39/1991, de la tutela e instituciones tutelares*, en 'La Notaría', abril/1994, p. 41.

d/ se cambia la denominación del Registro de Tutelas y Autotutelas por el de *Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios*.

2. He aquí un resumen de la regulación catalana de la *autotutela*, en cuanto pueda ser diferente de lo que ha quedado expuesto anteriormente referente a la tutela, en general, o a la autotutela, en particular:

a/ Elementos *personales*. Solamente afecta a quienes ostenten la condición de *catalanes* en el momento del otorgamiento, conforme a los artículos 3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y 9.6 del Código civil. ‘Se aplica a los de *vecindad civil catalana* en el momento de constituirse; y se adoptan medidas urgentes para proteger a *residentes* en Cataluña que no se pueden regir por las disposiciones catalanas al no tener la nacionalidad española o la vecindad civil catalana’⁴⁷⁹.

La exigencia de la *mayor edad* es casi unánime en la doctrina: Carpio González, Romero Candau, Badosa Coll⁴⁸⁰. Sin embargo, Rivas⁴⁸¹ entiende que la expresión *cualquier persona* utilizada por la Ley de 1996 parece calculada para dejar la puerta abierta a la posibilidad de disposiciones de autoprotección que pudiese hacer un *menor* ante Notario, en aras a su *autocuidado* o a su *autoatención*. Y propone que los Notarios no cierren la puerta, sin más explicaciones, antes bien, deberían aceptar, con todas las garantías oportunas, esa posibilidad para la que encuentra base en el propio Código civil y en la Ley Catalana de 1996, ya que estamos ante un derecho de la personalidad que el menor puede actuarlo, sin la representación legal de sus padres; y, sobre todo, en virtud del reconocimiento que la Ley concede expresamente a las opiniones de menores (por ejemplo, artículos 207,2; 211; 231 y 1.263 del Código civil; y artículo 18 de la Ley catalana 39/1991). Y concluye: ‘en todo caso, el Juez,

⁴⁷⁹ Lluís Puig i Ferriol y Encarna Roca Trías: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Vol. VIII: Dret de la persona. Dret de família*, p. 25.

⁴⁸⁰ En sus respectivos estudios citados en notas 288, 291 y 269 anteriores.

⁴⁸¹ J.J. Rivas, en *Ponencias...*, citado en nota 272, p. 238.

como órgano superior, apreciará, calificará y decidirá sobre estas previsiones y constituirá la tutela, siempre en beneficio del tutelado'. No hay que olvidar que este autor propone que la *autotutela* se pueda constituir mediante testamento; y la edad de catorce años rige en esta materia. Con todo, Carpio⁴⁸² encuentra 'chocante o extraño que un menor, aun sujeto a la patria potestad, pueda prever su propia autotutela'.

Es lógica la exigencia de *plena capacidad* del tutelado. Conviene tener presente que, 'ante el Derecho, incapacidad legal e incapacidad natural, difieren esencialmente por su fundamento, por sus efectos y por su prueba. Aquélla deriva inmediatamente de la ley, y ésta de una falta de voluntad; aquélla es permanente, estática, y ésta es transitoria, dinámica; aquélla es de derecho y ésta de mero hecho'⁴⁸³. Por eso, hay que entender que no puedan nombrar tutor para sí mismos los *menores de edad*, los *incapaces de hecho*, y quienes se encuentran en situaciones intermedias, como los *emancipados*; y tampoco en los supuestos de capacidad momentánea, como los locos en intervalos lúcidos, aunque respecto de éstos, que podrían nombrar tutor para sus hijos en tales momentos por medio de testamento (artículo 665 del Código civil), se les podría aplicar, a nuestro juicio, una norma similar para que puedan constituir su propia tutela, si bien el Notario autorizante de la escritura *deberá* exigir el dictamen de dos especialistas, cuyo informe será incorporado a la misma.

Por lo demás, cabe el nombramiento de uno o más tutores y curadores, en forma conjunta o sucesiva; así como la designación de sustitutos para todos o alguno de ellos, y constituir un organismo tutelar de control. Para el caso de pluralidad de designaciones, el artículo 172,1 dispone que prevalece la posterior. En el artículo 226 se dispone que 'en la tutela deferida por la persona interesada, o por su padre o su madre, puede preverse que haya un *consejo de tutela*, que debe ser formalizado por el juzgado en el marco de la constitución de esta tutela'.

⁴⁸² Carpio González, en la página 2.816 de su trabajo citado en nota anterior 288.

La doctrina, en general, admite las dos clases de autotutela: la *positiva*, designación de tutor y demás cargos tutelares, así como de sus sustitutos; y la *negativa*, exclusión de determinadas personas, como afirma Garrido Melero⁴⁸⁴. Se acepta la pluralidad de tutores, en forma conjunta o sucesiva (artículo 172, 1). De igual parecer son Carpio González y Badosa Coll.

No cabe la *autoregulación* de la tutela por medio de apoderado, por las razones antes apuntadas.

b/ Elementos *formales*. El nombramiento solamente puede hacerse en *escritura pública no testamentaria*, y no se acepta otro medio para las ‘delaciones hechas por uno mismo’. Entendemos con Carpio González⁴⁸⁵ que queda excluida la posibilidad del testamento, notarial o no, aún con el plus de autenticidad; y se alaba la adopción de la escritura pública, signo de confianza en el Notario, muy arraigada en Cataluña, así como la coordinación con el Registro de Tutelas y Autotutelas, aunque aumente la carga burocrática de las Notarías. La Ley 39/1991, en su artículo 4º, admitía la tutela en general deferida solamente por ‘testamento o capitulaciones matrimoniales, o por resolución judicial’; la nueva Ley 11/1996 suprime la referencia a las capitulaciones matrimoniales, y añade el codicilo y la escritura pública, que también campan en el artículo 171 de la Ley 9/1998 del Código de Familia.

La escritura puede tener como único *contenido* el nombramiento de tutor, o éste proceder como parte, accesoria o yuxtapuesta, de otra; y en la misma, según dispone el artículo 172,1 de la Ley, se puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de la tutela, y en especial en cuanto se refiere al cuidado de la persona del que va a ser tutelado. Como dice Parra Lucán, cabe la configuración completa del sistema tutelar, aún al margen de las previsiones legales; por lo que son

⁴⁸³ Joaquín de Dalmases: *Las lecciones del Profesor Ferrara en la Universidad de Madrid*, en ‘Revista de Derecho Privado’, nº 176, 15 mayo 1928, p. 134.

⁴⁸⁴ Martín Garrido Melero: *La intervención notarial en la nueva regulación de la autotutela en Cataluña*. ‘La Notaría’, Col.legi de Notaris de Barcelona, 1997, p. 21.

posibles previsiones simples y completas sobre cargos tutelares y normas de organización⁴⁸⁶.

La fórmula que nos ha facilitado un estudio notarial de Barcelona⁴⁸⁷ es la siguiente, en la cual el compareciente

“OTORGA: Que, de acuerdo con lo que preve el Código de Familia de Catalunya, en caso de que fuese declarado incapaz, nombra como su tutor a ... (que ejercerán el cargo de forma mancomunada o indistinta, conjunta o sucesivamente). En su caso, designa para constituir Consejo de Tutela a ... -mínimo, tres y máximo, cinco- Presidente será Don ...; el Secretario será Don El funcionamiento del Consejo de Tutela se regirá por lo dispuesto en los artículos 226 y siguientes del Código de Familia de Catalunya”.

Curiosamente, nada se dice acerca de la comunicación al Registro civil correspondiente.

c/ Publicidad. Los notarios que autoricen escrituras en las que se hagan nombramientos tutelares deben dirigir un oficio al *Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios*, indicando el nombre, los apellidos, el domicilio y el documento de identidad del otorgante, así como el lugar y la fecha de su autorización, con indicación de su objeto, pero sin indicar la identidad de las personas designadas. Así lo dispone el artículo 251,2 de la Ley. Este Registro, con la denominación de ‘Registro de Tutelas y Autotutelas’, fue creado por la Disposición adicional tercera de la Ley 11/1996, que también disponía que las normas sobre su organización, funcionamiento y publicidad se establecerían por vía reglamentaria. El citado artículo 251 de la Ley 9/1998 que comentamos reitera la misma disposición en su punto 3. El Reglamento vigente es el aprobado por Decreto 360/1996, de 12 de noviembre.

⁴⁸⁵ Carpio González: *Primera regulación...* O. c. en anterior nota 288, p. 2.825.

⁴⁸⁶ Idem en nota anterior, p. 2.817.

⁴⁸⁷ De los Notarios Bellod-De Dueñas.

Más adelante, al hacer una referencia especial al Registro, insistiremos en el tema.

d/ *Efectos*. Los nombramientos y demás disposiciones realizadas en un otorgamiento válido deberán ser aplicados en los términos resultantes de la propia escritura, en tanto no sean modificados, impugnados o revocados.

Todas estas disposiciones vinculan al Juez a la hora de constituir la tutela. Ahora bien, como dice Badosa⁴⁸⁸, el valor 'vinculante' del testimonio del sujeto sobre su propio 'beneficio' no es absoluto, sino que depende del mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación: fundamentalmente la aptitud del designado y la confianza depositada en él. Por eso, es acertado lo dispuesto en el citado artículo 172, que en su punto 2 permite la impugnación de los nombramientos o exclusiones, si al constituirse la tutela se ha producido una *modificación* sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente haya sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión. Pues entre el nombramiento como tutor o cargo tutelar y la constitución de la tutela puede haber transcurrido mucho tiempo, y haberse alterado, en efecto, las circunstancias o cualidades del nombrado, que han de estar vigentes básicamente, en cuanto a probidad y confianza, lo mismo que en el momento de su designación.⁴⁸⁹,

La *impugnación* puede ser ejercitada por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela, o por el Ministerio fiscal (artículo 172,2), pero sólo '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'. No parece posible el ejercicio de la acción correspondiente por parte de quienes hayan sido excluidos expresamente de los cargos tutelares, ya que el éxito de la misma podría

⁴⁸⁸ Badosa Coll: *La autotutela*. O.c. en nota 269, p. 929.

llevar a la nulidad de la disposición, pero no a conferir el nombramiento a favor del actor, salvo una excepcional y expresa decisión judicial. En cualquier caso, y una vez más, debe tenerse presente que 'la tutela se constituye por la autoridad judicial' (artículo 184,1); y no obstante el carácter prevalente del sistema de tutela familiar y la posibilidad de que exista un Consejo de tutela, siempre será el Juez, como se ha dicho antes, quien tenga la última palabra a la hora de resolver cualquier incidencia durante la tutela.

El nombramiento realizado puede ser *revocado* en cualquier momento por el disponente, antes o después de la declaración de su incapacidad. La revocación *anterior* no suscita problema alguno, sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza híbrida de aquél, que al participar de algunos caracteres comunes a mandatos y testamentos (artículos 1.732,^{1º} y 737 del Código civil, respectivamente), merece la cualidad de ser *esencialmente* revocable. La revocación *posterior* a la declaración de incapacidad habrá que admitirla, aunque persista ésta, si nos hallamos en presencia de un intervalo lúcido y con las debidas garantías, dictámenes e informes; pues insistiendo una vez más, entendemos que si el incapacitado puede disponer de sus bienes para después de su muerte mediante testamento, también se le debe ofrecer esta posibilidad de reordenar su persona y sus bienes en tanto aquélla no le llega. La revocación, así como la modificación de tales nombramientos, deberá realizarse necesariamente en escritura pública no testamentaria. Lo que no cabe es la revocación mediante un testamento, ya que la apertura de éste, como hemos venido recordando, tiene lugar cuando la tutela ya se ha extinguido por el fallecimiento del tutelado.

Aunque, en principio, hay que excluir nombramientos condicionales o a *plazo*, acaso éste sería posible si se atiende a la evolución de la causa de la incapacitación; y en caso de enfermedad, siempre la decisión judicial deberá contar con el debido asesoramiento médico o pericial.

⁴⁸⁹ Carpio González: *Primera regulación de la autotutela en Derecho Español. La Ley Catalana...*, en nota 288 anterior, p. 2.818.

e/ *Remuneración*. Aunque según el artículo 168,1 las funciones tutelares se ejercen de forma gratuita, cabe que expresamente se fije una remuneración, y así, el artículo 177 permite que en el documento de su designación se pueda fijar al titular de la tutela la remuneración que se crea conveniente, siempre que el patrimonio de la persona tutelada lo permita, y sujeta a modificación por la autoridad judicial o por el Consejo de tutela, si se considerase excesiva o insuficiente.

En cuanto a la *rendición de cuentas* por el tutor, Sancho Gargallo⁴⁹⁰ entiende que la obligación que tiene el tutor de rendir cuentas anualmente ha quedado sustituida por un simple depósito de las mismas en el Registro civil, conforme al artículo 204 del Código de Familia. Por el contrario, la consideran vigente los Profesores Roca Trías⁴⁹¹ y Ferrer i Riba⁴⁹².

D/ Consideración especial del *Registro de Tutelas*.

1. La Disposición Adicional 3ª de la *Ley 39/1991, de 30 de diciembre*, de la tutela e instituciones tutelares, introducida por la *Ley 11/1996*, preve en su apartado 1) la creación de un Registro de Tutelas y Autotutelas. Este Registro pasó a llamarse *Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios* en virtud de la Disposición Adicional de la *Ley 9/1998*, cuya nueva denominación, según su Preámbulo, 'se ajusta más a su función'.

En su apartado 2) dispone que 'a fin de inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los Notarios que autoricen escrituras en las que se proceda a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro

⁴⁹⁰ Ignacio Sánchez Gargallo, Magistrado, con la colaboración de Teresa Sol Ordiz, Médico forense: *Incapacitación y tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil)*. 'Tirant lo Blanch', Valencia, 2000, p. 221.

⁴⁹¹ Encarna Roca Trías: *Instituciones del Dret civil de Catalunya*. Editorial 'Tirant lo Blanch', Valencia, 1998, p. 159.

⁴⁹² Ferrer i Riba: *Les institucions tutelars...* p. 4.

de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento (*¿nacional?*) de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El Juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido’.

Por el *Decreto 360/1996, de 12 de noviembre*, que consta tan sólo de cinco artículos, se regula la organización, el funcionamiento y la publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas, que queda adscrito a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (artículo 1,2). El Notario autorizante de la escritura de nombramiento, exclusión o revocación, que no sea testamento ni codicilo, remitirá dentro de los tres días siguientes una comunicación al Decanato del Colegio Notarial de Barcelona, dejando nota en la correspondiente matriz. Respecto a los otorgamientos fuera de Cataluña, la remisión se hará a la Dirección General; pero el Registro podrá tomar razón de estos actos mediante la presentación por parte de una persona con legítimo interés, de una copia autenticada del documento que contenga el acto (artículo 3,2). El Registro se realizará en soporte informático, por orden alfabético a partir de los apellidos de quien pueda ser sometido al organismo tutelar (artículo 4). Tienen derecho a obtener información de este Registro, además del otorgante, únicamente los órganos judiciales en procedimientos dirigidos a la designación de cargos tutelares (artículo 5)⁴⁹³.

La *Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia*, en su artículo 184,2, dispone que antes de constituir la tutela y si no constan en el procedimiento, la autoridad judicial debe solicitar certificados al Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios y al Registro General de

⁴⁹³ El 25 de enero de 2000 se solicitó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Consellería de Justicia de la Generalitat de Catalunya información sobre número de inscripciones realizadas, vigencia del Decreto 360/1996, de 12 de noviembre, sobre

Actos de Ultima Voluntad acreditativos del otorgamiento o no de las escrituras o testamentos a los que se hace referencia en los artículos 172 y 173. Si la certificación es positiva, debe solicitarse la correspondiente copia.

En su Capítulo IX del Título VII se regulan los ‘Aspectos registrales’. Dispone el artículo 251 que en el Registro citado se inscriben las delaciones de las tutelas que han sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172; y que del Consejo de tutela se comuniquen al juzgado donde ésta se haya constituido, las modificaciones que se produzcan en la composición, presidencia y secretaría de dicho Consejo, y que se han rendido las cuentas anuales previstas en la misma Ley, en la reunión del Consejo (artículos 251 y 252 de la Ley). Se prevé que por vía reglamentaria se dicten las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro; lo que hay que interpretar en el sentido de que, en tanto no se publique tal Reglamento, queda en vigor el de 12 de diciembre de 1996.

2. La doctrina distingue entre Registros *jurídicos* y Registros *administrativos*. Los primeros son más técnicos, y tienen por finalidad la seguridad jurídica y su eficacia se caracteriza por ser preventiva y *erga omnes*; en tanto los segundos son meros resortes publicitarios. Esta distinción es recogida también por Chico Ortiz⁴⁹⁴, para quien los registros administrativos solo ofrecen, en general, noticias, informes, situaciones, hechos o circunstancias, pero nunca protegen al que quiere ampararse en ellos; en cambio, los jurídicos producen ciertos ‘efectos’ y protección.

Las características diferenciales entre unos y otros Registros las establece Sofía de Salas⁴⁹⁵ en los términos siguientes:

organización y funcionamiento del Registro, así como comunicación del mismo con el Registro civil. No se recibió respuesta.

⁴⁹⁴ José María Chico Ortiz: *Publicidad efecto y publicidad noticia*. ‘Revista de Derecho Privado’. Madrid, 1994, p. 145.

⁴⁹⁵ Sofía de Salas Murillo: *Aproximación al nuevo Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación*, en el ‘Boletín del Colegio de Registradores’ nº 41, octubre de 1998, p. 2.481.

a/ en los *jurídicos* rigen los principios de rogación y consentimiento; y el Registrador ejerce una facultad calificadora que exige el principio de legalidad; así como los de publicidad sustantiva y publicidad formal relativa;

b/ en los *administrativos* es obligatoria la inscripción, la publicidad es informativa o de anuncio, y la formal es absoluta o secreta, como en el caso de los policiales.

Entiende Carpio⁴⁹⁶ que el *Registro de Tutelas* se perfila como uno del tipo citado en segundo lugar, al afirmar que los nuevos registros tutelares son ‘meramente administrativos’, y considera que son de la competencia del legislador autonómico al cual, a la vista del artículo 149,1,8º de la Constitución, tal vez le esté vedada tan sólo la regulación de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Para el Profesor Garcia Amigo⁴⁹⁷, ‘todos los registros civiles, de personas o de bienes, sean aquéllas físicas o jurídicas’, y, por tanto, el de Tutelas, es materia en la cual ‘el Derecho foral no puede entrar, en ningún caso’.

Con todo, la doctrina entiende que la distinción entre unos y otros no es nítida, y con frecuencia, como observa Leyva⁴⁹⁸, se acude a fórmulas sencillas como la de oponer unos y otros en razón a sus principios informadores y a la mayor o menor presencia de garantías jurídicas. Existen Registros administrativos cuya publicidad es una consecuencia de los principios de legitimación y fe pública, formando *híbridos* de Registro administrativo y jurídico. Son Registros administrativos dependientes de la Administración, pero dotados de los principios o eficacia de los Registros jurídicos; y entre ellos se incluyen los de la Propiedad Intelectual y la Propiedad Industrial, el de Cooperativas, y el *Registro civil*.

⁴⁹⁶ Carpio González: O.c. en nota 288 anterior, p. 2.814.

⁴⁹⁷ Manuel García Amigo, con la colaboración de Manuel García Cobaleda: *Derecho Civil de España, I, Parte General*. Madrid, 1997, p. 44.

⁴⁹⁸ Leyva de Leyva, Juan Antonio: *Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos*, en ‘Revista Crítica de Derecho Inmobiliario’ nº 591, 1989, p. 271.

3. La 'ordenación de los registros e instrumentos públicos' es de competencia exclusiva del Estado, según dispone el artículo 149, 1. 8ª de la Constitución, y acaba de recordarlo la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de noviembre de 1999, en recurso contra los artículos 47,3 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, sobre Medidas de Intervención sobre el Suelo y la Vivienda. Cabe preguntar, por esto, cuál es el fin de la creación de este Registro que, a la espera de su reglamentación definitiva, ya ha empezado a funcionar en Cataluña. ¿Cómo se va a relacionar con el tradicional Registro civil, que existe en toda España y, por tanto, rige también en Cataluña?

Porque es sabido que, tras el fracaso de la tendencia unificadora civil por medio de un Código, conocido como el Proyecto de 1851, se consideró la conveniencia de presentar una legislación sectorial, fruto de la cual nació, entre otras, la llamada *Ley del Registro civil de 18 de junio de 1870*, publicada como provisional. Su reglamento es de 13 de diciembre del mismo año.

El *Código civil de 1889* dispuso en su artículo 325 que 'los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto'. Entre dichos actos enumerados en el artículo 326 no se hacía mención alguna a la inscripción de la tutela. Y trata del 'Registro de las Tutelas' en el Capítulo XI, (arts. 288 al 292), en el cual deberá inscribirse el nombramiento de tutor antes de que éste tome posesión (artículo 205).

La duplicidad que suponía la creación de este Registro de Tutelas, que se llevaría en los Juzgados de Primera Instancia, y la disposición del artículo 60 de la anterior Ley del Registro Civil, al disponer la anotación de las tutelas al margen de las correspondientes inscripciones de nacimiento, ha quedado resuelta en el sentido propugnado por Lozano Serralta⁴⁹⁹, de sustituir el que se llevaba en los Juzgados por otro que pasaría a ser una

⁴⁹⁹ Manuel Lozano Serralta, en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 113, junio/1950, ps. 1 a 5.

Sección del Registro del estado civil, en la cual, sin perjuicio de conservar la nota marginal, se inscriban todas las tutelas constituídas en el término de su jurisdicción.

La nueva *Ley del Registro civil 8 de junio de 1957*, promulgada tras más de ochenta años después de nacida la anterior pese a su provisionalidad, deja en vigor las disposiciones del Código civil en cuanto no sean modificadas por la misma; pero a partir de su entrada en vigor quedaron derogadas las demás disposiciones relativas al Registro Civil, al cual se incorporarían los de Tutelas y de Ausentes (Disposiciones finales 1ª y 3ª).

En su artículo 33 dispone la división del Registro en cuatro Secciones, una de las cuales, la cuarta, se denomina *Tutelas y representaciones legales*, que, según el apartado X de su Exposición de Motivos, absorbe el contenido del Registro de Tutelas, cuyos actos serán objeto de aquélla, según el artículo 1º,8º, por medio de inscripción o de anotación, según se disponga en el Reglamento que previene la Disposición final 2ª. En esta Sección cuarta, y en el *domicilio* de las personas sujetas a tutela en el momento de constituirse ésta, se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas, y sus modificaciones; y se anotarán los hechos y circunstancias que conforme al Código civil constituyen el contenido del Registro de Tutelas (artículo 88).

El *Reglamento* se dictó por medio del Decreto de *14 de noviembre de 1958*, y dedica el Capítulo IV de su Título V a la *Tutela*, artículos 283 al 292. Dispone los actos objeto de inscripción, los que están sujetos, y los que se harán constar por medio de anotación; así como las circunstancias de dichos asientos, y las personas obligadas a promoverlos. Es importante también su artículo 156, al disponer que al margen de las *inscripciones de nacimiento* de los sujetos a tutela, antes de producirse ésta, se pondrá nota de referencia a la misma.

Tras la modificación operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre Reforma del Código civil en materia de Tutela, el artículo 218 del Código civil dispone que *'las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil. Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones'*. En concordancia con este artículo, el 755 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil⁵⁰⁰, regula el *'acceso de las sentencias a Registros públicos'*.

4. Si ésta es la ordenación vigente en materia registral, no se acierta a comprender la necesidad de crear un nuevo Registro para Cataluña, que vendrá a añadir más problemas a los que ya viene suscitando este tema en el ámbito nacional a que se extiende.

Por otra parte, no parece que con el sistema dispuesto vayan a evitarse algunas de las cuestiones que esta innovación supone, y que posiblemente no dejará resueltos el futuro Reglamento. En efecto, ¿es realmente necesaria la creación y la extraña denominación de este nuevo Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, o Registro de Tutelas y Autotutelas? ¿Cuál va a ser la sede de este Registro? ¿Único o varios? ¿A dónde se dirigirán las comunicaciones de los Notarios autorizantes de tales instrumentos, sobre todo si se otorgan fuera del ámbito territorial catalán? Hay que entender que continuará en vigor el Registro Civil, Sección cuarta, de la Tutela, para las *'Testamentarias'*.

Por eso, y aún a riesgo de insistencia, creemos que el *único sistema eficaz* será la remisión del citado oficio al Registro civil en donde conste la inscripción de nacimiento del otorgante. Y es a éste al que se deben dirigir los Jueces antes de constituir la tutela, como dispone el artículo 184,2. Por otra parte, esta solución no es nueva: es la prevista en

⁵⁰⁰ 'Este artículo contiene disposiciones obvias', según Vázquez Iruzubieta, en sus *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia de la Ley 1/2000, de 7 de enero*. 'Dijusa', Madrid, 2000, p. 952.

el antes citado artículo 156 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, y que entendemos que sigue siendo válida en toda España.

La creación de este nuevo Registro, cuya relación con la Sección cuarta del Registro civil es totalmente ignorada, permitirá la inscripción de tutelas por razón del domicilio del tutelado; pero deja sin asegurar los cambios de residencia. En todo caso, es de desear que el Reglamento que se anuncia deje resueltas las numerosas cuestiones que tal creación puede plantear.

Otra solución puede ofrecer la mejor coordinación y, por consecuencia, la plena eficacia del sistema: consiste en el cumplimiento de lo ordenado por el citado artículo 251 de la Ley: remisión por el Notario al Registro especial del domicilio⁵⁰¹; y que el Encargado de éste, una vez practicada la inscripción correspondiente, remita oficio al Registro civil del lugar de nacimiento del otorgante, para que se practique la nota marginal prevenida en el artículo 156 del Reglamento del mismo. En este sentido, debe entenderse que la solicitud de certificación que previene el artículo 184,2 de la Ley debe dirigirse al Registro especial y al Registro civil, pero no al General de Actos de Ultima Voluntad, que nada tiene que ver con los nombramientos tutelares hechos en escritura pública *no testamentaria*.

No parece ajena a esta solución la Consellera Nuria de Gispert, la cual en su antes citada 'Carta' del mes de mayo de 1996, decía que con la creación del Registro especial y su regulación reglamentaria, 'es preveu la comunicació preceptiva al Registre civil dels esdeveniments més importants de funcionament del Consell de família, si existeix aquest òrgan'.

Con este procedimiento quedan cumplidos todos los preceptos legales vigentes en relación con la *inscripción de la tutela* y de las vicisitudes que pueden ocurrir durante la misma: los artículos 214, 218 y

219 del *Código civil*, y 755 de la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sobre inscripción en el Registro civil de resoluciones judiciales referentes a incapacitación y tutela; los artículos 1,8º; 5; 33, 39, 88, 89, 90, 91, 107, y Disp. Final 1ª de la *Ley del Registro Civil*; los artículos 28, 93, 130, 156 y 283 a 292, éstos de su *Reglamento*; y de modo muy especial, los artículos 184, 251 y 252 de la *Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Catalunya*.

⁵⁰¹ El artículo 89 de la *Ley del Registro Civil* dispone que 'las inscripciones relativas al Organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la

- VII -

Proyecto de nuevos artículos del Código civil.

A/ Expuesto cuanto antecede, y con el exclusivo propósito de ofrecer a las personas capaces con previsible riesgo de incurrir en cualquier causa de incapacidad, la posibilidad de que organicen la guarda de su persona y bienes para tal eventualidad, consideramos deseable que el ordenamiento jurídico promueva los cauces necesarios para ello, para regular la propia tutela.

1. En la citada *VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, celebrada en la ciudad mejicana de Veracruz los días 4 a 7 de Febrero de 1998, se adoptaron, en relación con el 'Tema III: Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad', las siguientes conclusiones⁵⁰²:

'Primera. 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

tutela en el momento de constituirse ésta'.

⁵⁰² Véanse estas Conclusiones en la 'Revista Jurídica del Notariado', abril-junio/1998, nº 26, p. 417.

estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado, que debe ser suficiente en sí mismo.

‘Debe reconocerse que el derecho de autoprotección procede del derecho a la libertad y a la dignidad; por lo tanto es un derecho fundamental.

‘*Segunda.* La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su 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.

‘*Tercera.* Se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad.

‘*Cuarta.* Con el objeto de proteger los intereses del otorgante, se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección, un mecanismo de control.

‘*Quinta.* El incapaz, en la medida en que tuviere suficiente juicio, deberá conservar el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante, quien deberá observarlas si son en beneficio del primero.

‘*Sexta.* Se recomienda a la Unión Internacional del Notariado Latino la adopción de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de formas de las disposiciones de autoprotección, en todos los países miembros.

‘*Séptima.* Se recomienda a todos los miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, la creación de los Registros necesarios para la debida publicidad de las disposiciones de autoprotección, preferentemente a cargo de los Colegios Notariales’.

2. La *'Unión Internacional del Notariado Latino'* nació en Buenos Aires el 2 de octubre de 1948, agrupando a diecinueve países. A los cincuenta años, celebra en la misma capital argentina su XXII Congreso, con la participación del Notariado de sesenta y siete países de Europa, Asia, África y América. Y en este amplio foro, tras la discusión del Tema II: 'Los derechos fundamentales del hombre y la misión del notario', cuyo coordinador internacional fue el francés Alain Moreau, se adoptaron, entre otras, las siguientes conclusiones: 'que la autoregulación 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, puedan 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'⁵⁰³.

3.. En el primer Seminario sobre *'Protección de los derechos de las personas con minusvalías'*, antes citado, celebrado en 1999 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, se adoptaron importantes acuerdos. tendentes a mejorar la condición jurídica de los discapacitados, expresando claramente la necesidad de reformar un ordenamiento que debería incluir situaciones que los Códigos vigentes, elaborados algunos en el siglo XIX, no pudieron haber previsto. Se acordó impulsar el diálogo entre los agentes sociales con el fin de formular propuestas concretas para la citada reforma del ordenamiento jurídico, entre ellas sobre la tutela, los apoderamientos preventivos, etc. Y a la hora de formular las conclusiones, hubo acuerdos para dotar 'a las personas y a las familias de instrumentos jurídicos para solucionar sus problemas'; así como para 'admitir y regular en toda España la *autotutela*'⁵⁰⁴. Porque se entiende que 'enfermedades degenerativas como el *Alzheimer*, transitorias como la *afasia* o los

⁵⁰³ Crónica de este XXII Congreso en *Gazeta de los Notarios*, nº 99, oct.-nov./1998.

procesos de drogodependencia, no pueden articularse legalmente con leyes elaboradas cuando la esperanza de vida de la población española era de unos 45 años’.

4. En el Encuentro celebrado en el Consejo General del Poder Judicial en 1999, para la formación de Magistrados y Notarios, Margarita Retuerto, Vocal del mismo, que fue Defensora del Pueblo, afirmó que el Derecho debe evolucionar y adoptar figuras nuevas como la *autotutela*, aunque con mejora en la delimitación legal de esta figura. Por su parte, el Diputado y Abogado Pablo Castellano, opinaba que ‘no se trata de un problema de falta de regulación o de leyes, sino de un problema que parte de la contradicción entre el carácter social de la Constitución y la posterior regulación de los derechos sociales que la norma suprema prevé’. El Presidente del Consejo General del Notariado, Juan Bolás, destacó el carácter universal e intemporal de esta problemática; y el también Notario Rafael Leña propuso una reforma legislativa que introduzca la *autotutela*, así, como ya hemos visto, un procedimiento especial de incapacitación, ya que el actual es poco aceptable al ser demandado el propio enfermo.

5. En el I Congreso Regional sobre protección jurídica del discapacitado, celebrado en Valladolid a principio de noviembre del año 2001, intervino el Notario Francisco Fernández-Prida Migoya, quien tuvo a su cargo la Ponencia sobre ‘La prevención: la autotutela, la pretutela’.

B/ Hemos anticipado ya nuestra opinión de que en Derecho positivo común español no hay norma expresa, permisiva o prohibitiva, referente a la *autodelación* o a la *autoregulación de la tutela*⁵⁰⁴. De ‘falta de solución normativa general’, habla Juan-José Rivas. Aunque otra cosa pudiese deducirse de lo declarado por la Real Orden de 14 de marzo de 1924,

⁵⁰⁴ Según *Escritura Pública*, Edita Consejo General del Notariado, Madrid. Nº 1. Enero-Febrero de 2000, p.14.

⁵⁰⁵ Vicente-José Castillo Tamarit: *Tutela, Autotutela, Protección de menores*. ‘Revista Jurídica del Notariado’, Madrid, julio-septbre./2001, nº 39, p. 41.

antes citada⁵⁰⁶. Ello podría llevarnos a la conclusión de que, al amparo del principio de la *autonomía de la voluntad*, que generalmente se admite que proclama el artículo 1.255 del Código civil, los Notarios podrían autorizar las escrituras de nombramiento de órganos para esta modalidad de tutela, sin más límites que los que propugna el citado artículo. Y de hecho, así se ha venido haciendo en algunos casos a los que hemos hecho alusión, si bien con efectos muy limitados e imprecisos por falta de regulación. Pero, como afirman los Notarios argentinos Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns⁵⁰⁷, ‘resulta indudable la conveniencia de la sanción de una legislación específica’.

Pero de este parecer no es el legislador catalán, que recogiendo de esta forma la realidad social, ha dotado a su sistema legal de una norma que regula la institución, con mayor o menor acierto. No juzgó suficiente la afirmación que hemos venido haciendo, probablemente, para no dejar en la penumbra la validez y la legalidad de la regulación de la tutela realizada por quien va a ser sometido a ella, y de ahí las leyes que la van desarrollando y que ya hemos citado. Ciertamente, después de lo que ha quedado expuesto al principio de nuestro estudio, el tema tiene la suficiente consistencia para no dejarlo a la improvisación, a la duda, o a la discusión. Y que, como dejamos dicho más arriba, no hay norma permisiva ni prohibitiva. Nuestro derecho común tiene necesidad de que las líneas que configuran la *autodelación de la tutela* sean incorporadas al derecho positivo. Sin ellas, nadie puede asegurar la plena vigencia de tales disposiciones otorgadas por el ordenante. ¿Quién garantiza que no se invocará su nulidad una vez que sea declarada la incapacidad del disponente? Las evidentes analogías entre estas disposiciones, de una parte, y el mandato o el testamento, de otra, pueden servir de base para una impugnación una vez declarada tal incapacidad. Entre otras, ello reportaría la ventaja de la unificación de la práctica y la consolidación de unos fundamentos que, hoy por hoy, se mantienen dentro de los límites de

⁵⁰⁶ En anterior nota 282.

⁵⁰⁷ Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns: *Prever la propia incapacidad. El derecho de autoprotección*. ‘La Ley’, Buenos Aires, año LXV, nº 113, 14 de junio de 2001, p. 3.

la discusión doctrinal, siempre vacilante. Su acogida en un texto legal le daría la adecuada cobertura. Luego, mejórese, si procede; pero que nunca quede la menor duda acerca de su carácter estrictamente legal.

Consideramos necesaria tal 'legalización', sin que tengamos por suficientes las afirmaciones de Gil Rodríguez⁵⁰⁸, cuando entiende que el Juez podrá tener en cuenta las disposiciones del tutelando antes de ser incapacitado, 'y con ello, 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 inidoneidad, en su caso, del llamado por otras vías y facilitar, si procede, la identificación del tutor más idóneo'.

El carácter fundamental de diversos derechos de la personalidad se encuentra, como es bien sabido, expresamente reconocido y proclamado en la Constitución Española. Pero como escribe el Catedrático y Notario López Jacoiste⁵⁰⁹, 'aunque venga apoyada en proclamaciones explícitas y al más alto rango, la aventura defensiva y afirmativa de la esfera personal siempre necesitará de nuevas y sucesivas concreciones'.

C/ Por eso creemos que debe ser promovida la correspondiente *reforma de la normativa vigente*, que afectaría fundamentalmente al Código civil, a la Ley de Enjuiciamiento civil⁵¹⁰ y al Reglamento de la Ley del Registro civil. Por lo que respecta al primero, y teniendo en cuenta que la reforma de la Ley 13/1983 ha dejado vacíos de contenido los artículos 307 al 313, ambos inclusive, parece buena ocasión para encajar en ellos las líneas fundamentales de la *autoregulación de la tutela*. La nueva Ley de Enjuiciamiento civil dispone en su artículo 52,5º que 'en los juicios en que

⁵⁰⁸ Jacinto Gil Rodríguez: *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986, p. 796. Citado por Martín Garrido Melero en *La Guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código civil*. 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', separata nº 23, febrero/1995, p. 63.

⁵⁰⁹ José J. López Jacoiste: *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en 'Anuario de Derecho Civil', 1986, p. 1.114.

⁵¹⁰ El 'Boletín Oficial del Estado' de 8 de enero de 2000, publica la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil*, que entrará en vigor 'al año de su publicación', de conformidad con su Disposición final Vigésimo primera.

se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan'; pero como la Disposición derogatoria única, 1, 1ª, deja vigente, entre otros artículos de la Ley de 1881, el 63, nº 17 de la misma, 'hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria' sería conveniente interpretar éste en el sentido de atribuir la competencia 'en el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores' al Juez del domicilio de residencia de los menores o incapacitados. En su Libro IV: 'De los procesos especiales', considera como uno de ellos el que se versa sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad (LEC 748, 1º). Como está pendiente de ser promulgada una Ley de Jurisdicción Voluntaria (LEC Disposición Derogatoria Unica, 1, 1ª), acaso sería ésta una buena ocasión, tal vez la última, para llevar estos procesos a la jurisdicción voluntaria.

El Reglamento del Registro civil sólo precisaría un retoque en el artículo 289, 1º, para determinar 'la naturaleza de los cargos, y si se deben a testamento, escritura no testamentaria, o, en defecto de éstos, legítimos o dativos'.

D/ A tal fin, sería posible una redacción inicial en los siguientes o parecidos términos:

EXPOSICION DE MOTIVOS

El sistema tutelar establecido por el Código civil hace más de un siglo, ha sido profundamente afectado en su inspiración y en su articulado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que lo orientó acomodándolo a la realidad social y a las mejores y más modernas tendencias del Derecho comparado. Sobre principios opuestos al anterior sistema, la Ley descansa, fundamentalmente, sobre estos dos: uno, el de la pluralidad de la guarda legal, con la tutela, la curatela y la figura del defensor judicial; y otro, el de la tutela de autoridad, otorgando al Juez amplias facultades,

aunque no se desconoce el importante papel de la familia en esta institución.

En la tramitación de dicha Ley 13/1983 se produjeron algunas iniciativas por parte de los Grupos parlamentarios, que, si bien fueron objeto de estudio y de debate, se consideró que, al menos en aquel momento, deberían ser rechazadas, sin perjuicio de que, en un futuro más o menos próximo, pudieran alcanzar el nivel de interés social que despertase la atención en orden a su reconsideración para su aceptación y su posterior incorporación a nuestro Derecho positivo.

Por otra parte, no hay que desconocer que las últimas décadas de este siglo XX han aportado una serie de modificaciones en las estructuras sociales, con grandes avances en la ciencia y en la tecnología, muchas veces al impulso de necesidades o de enfermedades, cuya urgente solución constituye un imperativo que no debe ser ignorado. El crecimiento de la población mundial, el aumento de la esperanza de vida, el sobreenviejamiento de las personas con el incremento de patologías crónicas, son fenómenos sociales cuya presencia es evidente. Esas necesidades y esas enfermedades, la proliferación de accidentes en los variados aspectos de la actividad humana: laboral, deportivo, etc. vienen ocasionando, en multitud de casos, unas afecciones que llegan a alterar las mínimas condiciones físicas y psíquicas, las más de las veces de forma lenta y progresiva, de quienes las padecen, llevándoles a una incapacidad que si no se puede evitar sí se puede prever. El tránsito de un estado de plena capacidad a otro de incapacidad es lo suficiente largo y lento para que, en ese *iter* degenerativo el propio paciente, todavía capaz, pueda adoptar las medidas en orden a crear unas normas que sirvan para orientar a quienes van a ser llamados sus cuidadores, referentes a la conducta a seguir respecto a su persona, su familia y sus bienes.

La reacción de la sociedad no se ha hecho esperar; y así, el legislador catalán abordó el problema por medio de la Ley 11/1996, de 29

de julio, que faculta a las personas con capacidad de obrar para designar tutores para sí mismas, en previsión de ser declaradas incapaces.

Parece llegado el momento, pues, de ofrecer a todas aquellas personas que se puedan encontrar en cualquiera de estas circunstancias, medios legales que les permitan organizar su vida para ese previsible futuro. Se trata de dotarles de unos mínimos para que, dentro de esos límites, y en el libre ejercicio de su voluntad, puedan organizar esa tutela que, en un plazo más o menos largo, va a ser necesario constituir y en la cual, previsiblemente, ellos mismos tendrían siempre algo que decir en los momentos anteriores en que gozaban de su plena lucidez y capacidad.

a/ Por eso, se propone:

1º. La *inclusión en el Código civil* de los siguientes artículos, con los números 307 al 313, que son algunos de los dejados sin contenido -al tiempo que hay otros artículos *bis*- por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela

Capítulo VI. De la autodelación de la tutela

Artículo 307. Toda persona mayor de edad, en tanto se halle en la plenitud de sus facultades, y en previsión de que llegare a ser declarada incapaz, puede disponer las medidas que estime necesarias o simplemente convenientes, en orden a la adecuada protección de su persona y de sus bienes.

En el caso de hallarse en situación de ‘capacidad momentánea’ o de ‘intervalo lúcido’, su capacidad se acreditará con el dictamen de dos facultativos que tras examinar al compareciente, emitirán un informe, que, sin embargo, nunca será vinculante.

Las medidas dispuestas por el propio interesado se aplicarán, por regla general, con preferencia a las dispuestas por otras personas.

Artículo 308. Para la citada protección pueden hacerse los nombramientos de tutor, curador y defensor judicial, con designación de quien o quienes han de desempeñar dichos cargos, según proceda; así como la exclusión de determinadas personas para acceder a los mismos.

Podrán preverse especiales circunstancias, tales como la revocación y la sustitución de unos y otros, las normas de funcionamiento cuando haya varios; así como la designación de un Consejo familiar o de quien haya de controlar y vigilar el ejercicio de la tutela. En ningún caso se considerará válida la prohibición de la intervención judicial, la dispensa de rendir cuentas; ni tampoco la sumisión de tales nombramientos a condición alguna ni a término, salvo que concurrieran especiales circunstancias, que deberá apreciar el Juez al constituir la tutela.

Artículo 309. Todas estas disposiciones deberán consignarse necesariamente en escritura pública no testamentaria, en la que deberán constar el lugar y la fecha de nacimiento del otorgante, y, si fuere posible, los datos del Registro civil en que conste su inscripción. En su caso, se hará sucinta mención a la circunstancia de haber sido examinado el otorgante por los facultativos, cuyo informe se incorporará a la escritura.

Podrá regularse en el mismo instrumento más de una tutela, siempre que haya vínculo de parentesco o cualquier otra relación entre los otorgantes, o se trate del nombramiento del mismo tutor para los mismos.

Artículo 310. Dentro de los tres días siguientes a la autorización de la escritura, el Notario remitirá al Registro civil donde conste inscrito el nacimiento del otorgante, y, de no ser conocido éste, al del domicilio del mismo, un oficio comprensivo de los datos relativos a dicho otorgamiento, con expresión de las circunstancias necesarias para proceder a su

anotación al margen de aquella inscripción. En todo caso, se omitirá la identidad de las personas designadas o excluidas. El Encargado del Registro, una vez efectuada esta anotación, deberá comunicarlo al Notario autorizante, que dejará constancia de todo ello al margen de la matriz.

Artículo 311. Antes de constituirse la tutela y de proceder al nombramiento de tutor, la autoridad judicial deberá solicitar, si ya no los tiene, certificados al Registro civil del domicilio del tutelado y, en su caso, al de nacimiento del mismo, acreditativos de haberse otorgado o no escritura referente a la autodelación de la tutela; y, si la certificación es positiva, deberá solicitar del Notario autorizante de la misma la correspondiente copia literal.

Artículo 312. Una vez constituída la tutela, el Juez, lo comunicará al Registro civil correspondiente, del nacimiento o del domicilio del tutelado, a los efectos previstos en el artículo 283, 1º del Reglamento del Registro civil.

Artículo 313. En lo demás no previsto especialmente para la tutela autodeferida, será de aplicación todo lo dispuesto en este Título.

2º. Dar una *nueva redacción* a aquellos otros del Código Civil que pueden resultar afectados por la reforma que se propone, que quedarían redactados así:

Artículo 199. Nadie puede ser declarado incapaz sino por resolución judicial, en virtud de las causas establecidas en la ley.

Artículo 202. Corresponde promover la declaración de incapacitación al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz. Asimismo, podrá ser solicitada tal declaración por la misma persona que vaya a quedar afectada por la correspondiente resolución judicial.

Artículo 206. En los procesos de jurisdicción voluntaria sobre incapacitación será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos.

Artículo 210. La resolución que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Servirá de punto de partida para iniciar el expediente de constitución del organismo tutelar.

Artículo 212. La resolución recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

Artículo 229. Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, quienes sean llamados a ella, parientes o no, y la persona bajo cuya guarda se halle el menor o incapacitado; y si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Artículo 234. En defecto de tutor nombrado por quien vaya a ser sometido a tutela, se preferirá:

1º. Al cónyuge que conviva con el menor o incapacitado.

2º. A los padres, naturales o adoptivos, o al que de ellos sobreviva.

3º. A la persona o personas designadas por éstos en sus respectivas disposiciones.

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

Excepcionalmente, el Juez podrá, en resolución motivada, alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

Artículo 236. La tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo:

1º. (Igual redacción que la actual).

2º. Cuando así se dispusiera en el título constitutivo de la tutela, o cuando ésta corresponda al padre y a la madre, en cuyo caso será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo al ejercicio de la patria potestad.

3º y 4º. (Igual redacción).

Artículo 245. Tampoco pueden ser tutores las personas excluidas expresamente al ordenarse la tutela, salvo que el Juez estime otra cosa en resolución motivada en beneficio del menor o incapacitado.

Artículo 246. Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243,4º y 244,4º no se aplicarán a los tutores designados en el título constitutivo de la tutela cuando fueran conocidas por quienes la ordenaron en el momento de hacer tal designación; salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o incapacitado.

Artículo 257. El tutor designado en testamento o en otro instrumento público que se excuse de la tutela al tiempo de su delación, perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiese dejado quien así lo designó.

Artículo 275. Quien ordene la tutela podrá disponer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.

Artículo 277. También se extingue la tutela:... 2º. Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

Artículo 278. Continuará el tutor en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la resolución de incapacitación.

Artículo 287. Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la resolución judicial de incapacitación, o, en su caso, la que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

Artículo 289. La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la resolución judicial que la haya establecido.

Artículo 290. Si la resolución judicial de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

Artículo 295. La declaración de prodigalidad deberá hacerse por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Artículo 298. La resolución judicial que declare la prodigalidad, determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador.

3º. De igual manera, se modifican los siguientes artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*:

Artículo 748. Supresión del número 1º.

Artículo 749. Supresión del proceso de incapacitación.

Capítulo II. Artículos 756 a 763, ambos inclusive. Supresión total.

4º. Los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881, se entenderán redactados del modo siguiente:

Artículo 63. ... 17. En el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores para la guarda de la persona y custodia de los bienes de menores o incapaces, o de curadores para los bienes, así como para excusas de estos cargos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan.

Artículo 1.833. Acreditado el nombramiento de tutor, hecho por el propio incapacitado, su padre o su madre, en forma legal, mandará el Juez que se le discierna el cargo sin exigirle fianza, si estuviera relevado de ella.

Artículo 1.836. No habiendo tutor nombrado por el propio tutelado, su padre o su madre, designará el Juez para este cargo al pariente a quien corresponda con arreglo a la Ley.

- VIII -

Conveniencia y posibilidad de nuestra propuesta.

Hemos querido exponer nuestro punto de vista acerca de la conveniencia de que se incluyan en el Código civil español unas normas mínimas para posibilitar la *autodelación de la tutela*.

Un amplio sector de la doctrina española postula la necesidad de arbitrar la forma en que el individuo pueda, con carácter integral, autoregular cómo y por quién haya de regirse su persona y sus bienes tras una declaración de incapacidad. De ahí los esfuerzos de muchos autores, con una muy estimable colaboración notarial, por introducir en nuestro Derecho la institución de la autotutela⁵¹¹.

No obstante, no faltan quienes aportan argumentos en contra, fundándose en que se trata de una materia de orden público, en cuyo campo la autonomía privada es una excepción; o en que es peligrosa porque permite la posibilidad de una captación de voluntad de un débil mental. El artículo 748,1 de la LEC, cuya supresión en parte proponemos, dispone que en los procesos sobre capacidad no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

Pero el orden público no parece quedar afectado por un acto voluntario de la persona que, en definitiva, va a ser controlado por la autoridad judicial. La designación efectuada por el interesado será, en todo

⁵¹¹ Miguel-Angel Campo Güerri: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado', nº 34, p. 23.

caso, un criterio más, tan válido, por lo menos, como el de los padres. Y en cuanto a la eventual captación de voluntad no presenta problemas peculiares distintos de los que se puedan presentar en otros casos, como en el testamento.

Llegados a este punto, acaso se susciten algunas dudas acerca de su conveniencia y de su posibilidad, dentro del sistema legal positivo existente al día de hoy.

A/ Conveniencia.

1. Al estudiar anteriormente el *proceso parlamentario de la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, ya quedó expuesta la posición de los portavoces del partido del Gobierno y las razones que esgrimieron para oponerse a la pretensión de incorporar esta figura que nos ocupa a nuestro Derecho positivo, que no consideraron necesaria, conveniente ni oportuna. Hoy la estimamos más necesaria y urgente que nunca, por lo que queda expuesto en el presente trabajo. Vamos a examinarlas ahora con mayor detalle.

a/ En el *Congreso de los Diputados*, el Grupo Parlamentario *Mixto* había presentado las *enmiendas* de adición y modificación números: 9 (para añadir al artículo 202 del proyecto este párrafo: 'También podrá promover una persona *su propia* incapacidad'); 14 (al artículo 223: '... los mayores de edad para el caso de que posteriormente concurra en ellos causa de incapacitación'); 15 (al artículo 225: '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 16 (al artículo 234: '... a la persona designada por el incapacitado antes de que concurriera la causa de incapacitación').

Por su parte, el Grupo Parlamentario *Popular* tenía presentadas estas *enmiendas*, también de adición, números: 50 (al artículo 223:

‘Cualquier persona, en documento público notarial, podrá adoptar, *respecto de sí misma*, las medidas prevenidas...’); 59 (al artículo 234: ‘Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º. A la persona o personas designadas por los padres o por *el propio* interesado, conforme a lo prevenido en el artículo 223’).

La *Ponencia* nombrada al efecto, en su *Informe* de fecha 19 de abril de 1983⁵¹², acordó desestimar las enmiendas: número 9; las 14 y 50, que se calificaron ‘por mayoría, de innecesarias’; la 15, ‘rechazada por coherencia con otras anteriores del mismo señor Diputado’; así como la 16 y la 59, ‘rechazadas por mayoría’.

En el seno de la *Comisión de Justicia e Interior* del Congreso de los Diputados, se mantuvieron y defendieron las enmiendas antes reseñadas. En la sesión del 18 de mayo⁵¹³ el Diputado señor García Amigo, por el Grupo *Popular*, defendió, una vez más, los principios en que se basan las enmiendas. Expuso la posición de los Códigos francés e italiano, en los que tradicionalmente se inspira nuestro Derecho civil, donde se recogen, además del testamento, otras fórmulas públicas veraces con garantía de autenticidad de la voluntad de los padres. Y en cuanto a la *autodelación de la tutela*, mantenía la conveniencia de que una persona, para el caso de que sea incapacitada, pueda designar la persona que vaya a ser su tutor.

El señor Navarrete Merino, por el Grupo Parlamentario *Socialista*, rechazó una vez más estas enmiendas, alegando, en primer lugar, que ‘el hecho de que una persona considere a la hora de su muerte que debe de adoptar determinadas medidas con respecto a alguien le da una seriedad a la voluntad jurídica expresada de la que en muchos casos carecen los actos *inter vivos*’; y, además, porque ‘tan ventajoso es para el tutelable que se adopte la medida concerniente a su tutela en un testamento como que incluso el propio padre utilice el testamento para ese objetivo y para ordenar su sucesión, en beneficio ordinariamente del propio tutelado’. Y

⁵¹² *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. II Legislatura. Serie A, núm. 4-I-1, de 26 de abril de 1983, p. 26/1.*

⁵¹³ *Diario de Comisiones, nº 29, 18 de mayo de 1983, ps. 957 y sigs.*

añadió que ‘ambas ventajas, la de la seriedad y el rigor jurídico de la voluntad manifestada y la de la ordenación de los bienes para después de la muerte y previsiblemente en beneficio del pupilo sólo se dan en el testamento, en donde se ordena no sólo lo patrimonial, sino también la tutela’. Consideraba, por otra parte, que la propuesta era peligrosa, porque el presunto incapacitado puede incurrir en errores derivados de la propia condición por la que se contempla la posibilidad de limitar su capacidad de obrar: ‘el hecho de ordenar él mismo su propia tutela nos parece arriesgado y peligroso’.

Por su parte, el señor García Amigo replicó en el sentido de que ‘la seriedad de las declaraciones de voluntad que produzcan efectos negociales obviamente no depende en absoluto de la muerte, pues la mayor parte de los negocios se hacen *inter vivos*, aunque sólo uno se hace para la muerte, que es el testamento; a lo largo de la vida se hacen muchos negocios y todos son serios en principio’. Pero no logró convencer, y las enmiendas fueron, una vez más, rechazadas por el Grupo mayoritario.

La Comisión de Justicia e Interior del Congreso, el 19 de mayo siguiente elevó a la Presidencia del mismo el correspondiente *Dictamen*⁵¹⁴.

Para su defensa en el *Pleno*, se mantuvieron las reseñadas enmiendas por los respectivos Grupos Parlamentarios, que fueron defendidas en las sesiones de los días siguientes, por los Diputados que las habían sostenido en los trámites de Ponencia y Comisión. Se obtuvo el mismo resultado de rechazo, y el Congreso de los Diputados, en sesión celebrada el 24 de mayo de 1983 aprobó lo que se ha venido llamando ‘ley de tutela’ o, más propiamente, ‘Proyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de tutela’, que fue elevado al Senado.

⁵¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, II Legislatura. Serie A, núm. 4-II, 21 de mayo de 1983, p. 26/25.*

b/ En este trámite del *Senado* se mantuvieron las mismas posiciones a favor y en contra a que nos venimos refiriendo⁵¹⁵, por medio de las enmiendas números 15 del Grupo Parlamentario Popular (coincidente con la enmienda número 50 del mismo Grupo en el Congreso), y la número 28, del senador Pere Portabella i Rafols, de *Entessa dels Cataláns*, integrado en el Grupo Mixto. Ambas fueron rechazadas nuevamente por el *Informe* de la Ponencia y el *Dictamen* de la Comisión.

La primera intervención en el *Pleno* del Senado a favor de la autodelación de la tutela, fue la del Senador Portabella i Rafols, cuya enmienda al artículo 223 proponía que los mayores de edad, para el caso de que posteriormente concorra en ellos causa de incapacitación, ‘podrán *en testamento* nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, designar a las personas que hayan de integrarlos y ordenar cualquier otra disposición que no sea contraria a las Leyes o las buenas costumbres’. Manifestó que la finalidad de la llamada ‘enmienda de la autotutela’ es primar la afectividad, abrir la posibilidad de que el presunto incapacitado pueda designar o decidir en un aspecto tan importante como es el de la persona que va a ser su tutor. ‘Hay razones de afectividad, de comunicación, de relación, que pueden significar muchísimo en beneficio de la tranquilidad y confianza por parte del tutelado’. El fondo de la cuestión, a su juicio, es si se introduce o no esta figura de la autotutela, ‘una nueva posibilidad, una nueva iniciativa que se le da en este caso al sujeto sometido a un proceso de incapacitación’.

En nombre del Grupo *Popular*, principal proponente de las enmiendas a discutir, correspondió la defensa de las mismas al Senador Reigada Montoto, quien en una brillante intervención sobre la base de los mismos razonamientos expuestos en trámites anteriores, aportó valiosos argumentos históricos y de Derecho comparado. Abogó por una regulación que estableciese los correspondientes requisitos de capacidad, sólo los

⁵¹⁵ *Diario de Sesiones del Senado, II Legislatura*. 21 de septiembre de 1983, núm. 28, páginas 1.419 y sigs.

mayores de edad, y de forma, en documento público notarial *inter vivos*, o '*cuasi testamento*', con una publicidad consistente en una anotación marginal en el Registro civil del nacimiento del otorgante.

Para la Senadora Sauquillo Pérez del Arco, del Grupo *Socialista*, la introducción y aprobación de la enmienda, que permite la designación de la tutela por los padres no solo en testamento, sino también en documento público, puede ser complicada, a pesar de haber sido aceptada en Comisión. 'Los testamentos tienen una publicidad (¡!); sin embargo, los documentos notariales no la tienen (¡¡!!) y tendríamos que pensar que en un momento concreto habría que acudir a todos los protocolos de los notarios (¡¡¡!!!) para saber si una persona había manifestado quién iba a ser el tutor de sus hijos y las condiciones de esa tutela, en un acto público notarial, que puede ser un acta... Hemos introducido la figura del documento público notarial, que me imagino que el Grupo Popular la ha introducido para mantener la figura de la *autotutela*. Lo que está claro es que, en el testamento, que es la última disposición, nadie puede introducir la figura de la *autotutela*, porque no tendría sentido en una disposición como ésta. Por tanto, se introducía la figura del documento público notarial u otro documento pensando en la figura... de la *autotutela*'. Finalizó aceptando la novedad del documento público notarial.

En cuanto a la *autotutela* propiamente dicha, la señora Sauquillo mostró su oposición porque se intenta introducir 'como una novedad importante'; pero hay que ser cautelosos a la hora de introducir en nuestra legislación figuras nuevas, 'pero que estén en la realidad social'. Porque, preguntaba a los senadores: '¿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*?... Si no nos lo hemos planteado nosotros que somos, en suma, personas con conocimientos jurídicos y que podíamos intentar regular nuestra propia situación, es muy difícil que nuestro pueblo se lo esté planteando'. Añadió que 'ésta es una figura que no podemos sacar en este momento sin ninguna base, porque

no tiene ninguna base real... A mí me gustaría hacer esta encuesta en España y ver cuántos de nuestros ciudadanos se han planteado que van a ser declarados incapaces’.

Y otra vez, al igual que en el Congreso, los razonamientos de los Senadores Portabella y Reigada no pudieron mover al Grupo Socialista a una razonable aceptación de la autotutela. El primero, manifestó que ‘esta figura es imprescindible 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 todo procedimiento’. En cuanto al Notario Reigada, insistió en considerar la introducción de la autotutela como una mejora útil dentro del Código civil que contribuiría a enriquecerlo y a humanizarlo, y a ponerlo de acuerdo con algunas legislaciones nuevas, con el Derecho comparado.

Admitidas algunas modificaciones al texto aprobado por el Congreso, entre ellas y para nuestro estudio, la interesante al artículo 223 sobre la admisión del documento público, hubo de remitirse al Congreso, que procedió a su aprobación definitiva en su sesión del 4 de octubre de 1983. Y así nació la que fue y es Ley 13/1983, de 24 de octubre.

2. No obstante las posiciones negativas manifestadas con ocasión de la tramitación parlamentaria, algunas de las cuales no sólo carecen de fundamento y, en ocasiones, muestran un cierto desconocimiento del funcionamiento y de la normativa acerca de los documentos públicos, es de resaltar que algún sector de la *doctrina* lamenta haberse desperdiciado tal ocasión para introducir en nuestro Derecho positivo la figura de la autodelación de la tutela, generalmente conocida como ‘autotutela’. Por nuestra parte, creemos que fue ‘una oportunidad perdida’, según tuvimos ocasión de afirmarlo en la ‘Gazeta de los Notarios’ (nº 30, noviembre-diciembre 1991). ‘La Ley 13/1983 no ha acogido una posible e interesante novedad: la incapacitación voluntaria, ya propuesta por Crehuet en 1921... La innovación, que hubiese podido ser útil, no fue en definitiva, recogida

por el legislador... Y en el Senado se planteó la posibilidad, finalmente rechazada, de regular la *autotutela*⁵¹⁶.

Ya hemos anticipado que para el Profesor Badosa⁵¹⁷ el actual rechazo del Código civil tanto de la autotutela como de la incapacidad voluntaria no excluye que ambas mantengan plenamente su fuerza como proyectos de política legislativa. Y en su día, Carpio González⁵¹⁸, comentando la Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio, afirmaba que esta Ley puede ser el laboratorio de futuras normas generales o territoriales, que se deberán a la previsora aportación de los catalanes. También la Notaria García-Granero⁵¹⁹ escribió que hacía votos para que en el Derecho común tengamos pronto una regulación de la autotutela, que además se pronuncie y tome partido sobre los problemas previos a la incapacidad judicial y su posible solución.

Va más allá el senador Zapatero González, cuando sostiene que en el debate parlamentario no hay nada que permita deducir que la voluntad del legislador fue prohibir la autotutela; antes bien, el rechazo a su introducción en nuestro Derecho positivo 'obedece a razones de prudencia legislativa'. Más bien podría verse como un caso en que los Tribunales pudieran aplicar el artículo 234 del Código civil, a cuya consideración y arbitrio de los mismos queda⁵²⁰.

No debe caber la menor duda de que la posición favorable expuesta por el Senador Portabella, en su referida intervención en el Senado, pudo ser expresión de la voluntad del legislador catalán, que así se anticipaba a lo que, pocos años más tarde, iba a desarrollar por medio de las anteriormente citadas leyes que dieron cabida, por primera vez en el

⁵¹⁶ Castán Vázquez, en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, p. 142.

⁵¹⁷ Ferrán Badosa Coll: *La autotutela*, en el 'Libro Homenaje a José Luis Lacruz Berdejo', 'Bosch', 1993, Volumen II, p. 903.

⁵¹⁸ Ignacio Carpio González: *Primera regulación de la autotutela en Derecho español*. 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', diciembre/1996, p. 2.825.

⁵¹⁹ Ana-Victoria García-Granero Colomer: *La autotutela en el Derecho común español*. 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', enero/1998, p. 251.

⁵²⁰ Rafael Zapatero González: *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*, en la 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', julio/1985, p. 76.

Derecho positivo español, a la figura que nos ocupa. La calificación de *imprescindible*, como dijo al referirse a la autodelación de la tutela, parece que fue toda una premonición.

3. Ya hemos dicho al comienzo de este trabajo que la cambiante realidad social del tiempo que nos toca vivir llega a presentarnos cuadros y situaciones que afectan a la persona humana, forzando a buscar y a encontrar soluciones para los numerosos problemas que plantean la longevidad, las enfermedades emergentes, los accidentes laborales, deportivos, etc.; llegando, incluso, a afectar a la propia dignidad personal. La doctrina italiana⁵²¹ se viene preocupando últimamente sobre la responsabilidad de la clase médica en relación con su conducta a seguir en estos casos, de modo especial cuando se presentan con urgencia, partiendo del derecho del enfermo a tomar las decisiones que afectan a la propia salud.

El Profesor De Diego⁵²² dice que 'lo natural es que al hombre se le deje en libertad de ejecutar los actos que le convengan, y de darles el contenido que quiera. Nadie más que él es árbitro y juez de sus conveniencias y necesidades. La Ley sólo ha de prestarle garantías para el libre desarrollo de sus actividades en orden a la libre ordenación de su vida jurídica'. Es lo que quiso decir Tocqueville⁵²³ al escribir que el Derecho, en general, tiene el sentido de un poder moral, y lo define una vez en relación con el sujeto, como *la passion d'être maître de soi*.

No hay ley prohibitiva que impida que la autonomía de la voluntad configure tanto la institución como la normativa a que ha de someterse. Tampoco hay una ley imperativa que obligue a adoptar ciertas normas o sujetarse a determinados principios o reglas. Ya hemos visto que la

⁵²¹ Pascuale Stanzone & Virginia Zambrano: *Attività sanitaria e Responsabilità civile*. Giuffrè Editore, 1998, p. 282.

⁵²² Felipe Clemente de Diego: *Curso elemental de Derecho civil*. Madrid. (Citado por Castrillo Santos en *Autonomía y heteronomía de la voluntad*, 'Anuario de Derecho Civil', II, abril-junio 1949, p. 566).

⁵²³ G. Gorla: *Commento a Tocqueville. L'idea dei diritti*. Milano, 1948. (Citado en Luis Legaz y Lacambra: *Filosofía del Derecho*, 'Bosch', Barcelona, 1972, p. 765).

situación ha sido calificada como ‘falta de normativa general’, salvo el artículo 172 de la Ley Catalana. Nos hallamos, pues, ante un *vacío legislativo*, o, si se quiere, ante una regulación legal de la tutela que estimamos del todo insuficiente. ¿Qué problemas puede suscitar una tutela dispuesta y reglamentada por quien va a ser sometido a ella? ¿En dónde puede hallarse algún obstáculo legal? ¿Por qué quien puede nombrar tutor para un hijo no puede hacerlo para sí mismo? Parecidas preguntas se formula el Notario Castillo Tamarit⁵²⁴, ante el silencio de la Ley, tras considerar que la ausencia de regulación no implica prohibición de la figura: ‘¿significa esto que no cabe que el principio de la autonomía de la voluntad juegue un papel en la regulación tutelar?, o, dicho de otro modo, ¿hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en esta materia?’

Pero, por otra parte, ello no supone dejar una libertad total, de manera que cualquiera que sea la regulación que se disponga pueda provocar algunas dudas al respecto, en el caso de que no exista una normativa especial. Por eso se propugna una ley que, incluyendo en el Código civil el preciso articulado, establezca de modo expreso e indubitado tal delimitación.

B/ Posibilidad.

1. Todas las Constituciones de todos los Estados, las Convenciones internacionales, las Encíclicas de los Papas, dice el Profesor García Amigo⁵²⁵, reconocen expresamente que el hombre es *libre por naturaleza* y, en consecuencia, se dedican una serie de preceptos fundamentales a garantizar las diversas manifestaciones de la libertad, una de las cuales, probablemente la más importante, es la *libertad jurídica*.

⁵²⁴ Vicente-José Castillo Tamarit: *Tutela, Autotutela, Protección de menores*, en ‘Revista Jurídica del Notariado’, Madrid, jul.-sept./2001, nº 39, p. 40.

⁵²⁵ Manuel García Amigo, con la colaboración de Manuel García Cobaleda: *Derecho civil de España. I, Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, citado en anterior nota 477, p. 193.

Nuestra Constitución adopta como primer valor el de la *libertad*: artículos 1.1º, 10, 16, 17, 19, 20 y 38. Se reconoce, pues, la facultad de la persona para obrar según su voluntad, la facultad de autodeterminarse. Para el Profesor Legaz⁵²⁶ esta facultad es la forma típica del derecho subjetivo: la *facultas agendi* de los clásicos, derivada de la *norma agendi*, es decir, de la ley. También para la concepción egológica el Derecho es antes libertad que norma, y antes derecho subjetivo, facultad de señorío, que deber jurídico. La idea de derecho subjetivo está tan vinculada a la de los derechos fundamentales de la persona, que una forma de negar ésta es negar el derecho subjetivo. El hombre tiene que ser persona para el Derecho y ser titular de derechos para poder realizarse como personalidad ética. El acto facultativo se configura así como un supuesto para la creación de una norma jurídica: es un medio de participación en el proceso creador del sistema jurídico.

Y nos hallamos en sede de la *libertad jurídica* cuando aquella libertad es tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, al atribuir a la decisión libre de la persona ciertos efectos de derecho. Y, siguiendo a García Amigo, en la libertad jurídica encontramos estos dos componentes: 1) el que podemos llamar *sustantivo*, que consiste en la facultad del individuo para autodeterminarse en el campo de las relaciones sociales, de los hechos humanos con trascendencia social; y 2) el meramente *formal*, es decir, la toma en consideración de ese hecho social por el ordenamiento jurídico, sancionando y haciendo suyas las consecuencias sociales que se derivan del ejercicio de esa misma libertad. Pero también podemos descubrir en esa voluntad y su trascendencia jurídica una vertiente *subjetiva*, consistente en el establecimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y otra *objetiva*, que es la normación o regulación de esas mismas relaciones jurídicas. Más adelante tendremos ocasión de ampliar esta idea.

⁵²⁶ Luis Legaz y Lacambra: *Filosofía del Derecho*. 'Bosch', Barcelona, 1972, p. 755.

Para Díez-Picazo⁵²⁷, la autonomía es algo más que la libertad jurídica, pues en tanto ésta da al individuo una esfera de actuación, reconocerle autonomía es algo más, es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia.

La consecuencia de ese acto facultativo es, directa o indirectamente, la creación de una norma de Derecho: un negocio jurídico válido, que es una *norma individual*.

2. No es de este lugar el proceder a un estudio de *la norma jurídica*, en general, con las teorías variadas acerca de su concepto, sus clasificaciones, sus requisitos, sus efectos, etc. Pero sí acaso convenga fijar nuestra atención en algunos puntos:

a/ Distingue Legaz los conceptos de 'norma' y 'ley'⁵²⁸, y alude a la contraposición que, en el lenguaje jurídico, se convierten en dos categorías antitéticas del pensamiento: 'deber ser' y 'causalidad': la expresión del primero, sería la norma; la ley, por el contrario, sería la expresión de lo que es causalmente producido. La norma jurídica, para García Amigo, es 'precepto regulador de la conducta de los ciudadanos, de carácter obligatorio y coercible, inspirado en un criterio de justicia'.

b/ Las normas jurídicas suelen clasificarse desde varios puntos de vista, si bien hay cierta coincidencia en la doctrina acerca de sus características principales.

Así, el Profesor Legaz se refiere a normas *primarias* o fundamentales, y *secundarias* o derivadas, poniendo de relieve respecto a éstas, su lugar inferior en el sistema jurídico al derivar de aquéllas su validez y su contenido. Normas *generales* y *especiales*, destacando en éstas su ámbito individual para un solo caso, o un reducido número de

⁵²⁷ Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario*. 'Anuario de Derecho Civil', IX, 4, oct.-dic./1956, p. 1.152.

⁵²⁸ Legaz: O.c., en nota 526, p. 371.

ellos, de manera que la norma individual resulta ser 'la individualización de la norma general'.

Por su parte, García Amigo⁵²⁹ enumera los principales criterios a la hora de clasificar las normas jurídicas. Así, por su origen, distingue entre normas *privadas* y normas *públicas*, que nada tiene que ver con la distinción entre normas de Derecho privado y normas de Derecho público; las normas privadas proceden de los particulares, y son creadas por ellos mismos en el ejercicio del poder normativo que el ordenamiento les reconoce para autorregular sus propias relaciones jurídicas: aquí reside, en este poder normativo, el llamado técnicamente *principio de autonomía de la voluntad*, que es, afirma, la 'manifestación importante del más amplio principio de la libertad jurídica'.

Y es, precisamente, en relación con este principio, en donde descansa la clasificación de las normas públicas en: *imperativas* o de carácter necesario, inderogables; y *dispositivas* o derecho supletorio de la autonomía de la voluntad. Todavía cita un *tercius genus*, el de las normas que llama *semi-imperativas*, lo que es predicable de algunas leyes especiales modernas, por lo general de orientación social o de protección a los consumidores, que son inderogables relativamente, ya que la autonomía de la voluntad se detiene ante el eventual perjuicio que pueda producirse a la parte llamada débil, pero se admite si se trata de lograr algún beneficio para la misma: tal es el caso de las leyes laborales, de arrendamientos, etc.

Al disponer el ordenamiento jurídico que unas normas son prevalentes ante los actos privados y otras no, establece la siguiente jerarquía: 1º, norma imperativa; 2º, precepto privado, autonomía de la voluntad; y 3º, norma dispositiva⁵³⁰.

⁵²⁹ García Amigo: O.c. en nota 477, p. 79 y sigs.

⁵³⁰ García Amigo: O.c., p. 59. También Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU*. 'Anuario de Derecho Civil', IX,4, octubre-diciembre/1956, p. 1.162.

Dentro de las normas públicas, aun distingue entre aquellas que se dedican a regular el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, 'la actividad de los particulares dirigida a elaborar las normas negociales o privadas'; y las que regulan directamente la conducta de los sujetos que intervienen en una relación jurídica concreta, determinando de forma inmediata sus derechos y obligaciones.

c/ Lo que antecede nos lleva a establecer un resumen acerca de la existencia de ciertas normas que revisten los siguientes caracteres: normas derivadas o secundarias; individuales; especiales; privadas; y dispositivas o supletorias de la autonomía de la voluntad. Ello quiere significar que el ordenamiento jurídico queda como 'subjetivado'⁵³¹, mediante una entrega del mismo al sujeto para que éste pueda regular esferas de competencia, delimitar su libertad positiva en un sentido más estricto que el que implica la capacidad general de obrar.

La autonomía, dice De Castro⁵³², significa libertad; la heteronomía, subordinación. 'Normas *heterónomas*' serán, por tanto, 'aquellas que nos vienen dadas' y que, al mismo tiempo que nos limitan -leyes imperativas-, nos sirven de amplia referencia para el ejercicio de la autonomía de la voluntad. 'Normas *autónomas*' son las que, en ejercicio de las anteriores y siempre dentro de sus más o menos amplios límites, se dan las personas, mediante una especie de delegación que el ordenamiento hace a favor de los particulares para que autoregulen sus propias relaciones jurídicas en ++++++virtud de este poder normativo que les convierte en auténticos legisladores delegados, y como norma vinculante que goza de toda la fuerza y la protección del Estado, que las otorga por medio de sus correspondientes órganos; toda vez que son los mismos particulares⁵³³ quienes mejor conocen sus intereses y valores y, por tanto, 'serán ellos precisamente los mejores intérpretes y defensores de los mismos', pues tratándose de intereses privados, el bien común a que ha de tender toda norma jurídica, coincide aquí precisamente con esos intereses particulares.

⁵³¹ Legaz: O.c., p. 758.

⁵³² Federico de Castro: *El negocio jurídico*. 'Civitas', Madrid, 1985, p. 13.

Si en algún momento histórico se pudo haber afirmado que 'está prohibido todo lo que no está permitido', de manera que la libertad jurídica se movía en un ámbito muy estricto de actuación, en nuestros días hay que generalizar la proposición contraria, y proclamar abiertamente que 'está permitido todo lo que no está prohibido'. O, según venimos estudiando, la norma imperativa u obligatoria es la excepción a la presunción que admite que, por regla general, la norma es dispositiva o supletoria de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, siempre es relativo este principio, pues, advierte Legaz⁵³⁴ que conviene no perder de vista ciertos límites, ya que una hipertrofia de este concepto podría borrar todos los perfiles que definen el derecho subjetivo; y lo relaciona con la llamada doctrina del abuso del derecho, porque en el fondo la cuestión no es tanto si existe o no derecho subjetivo como en el contenido real del mismo, y hasta qué punto se puede considerar determinada conducta de su titular como ejercicio del derecho o como un acto ilícito o abusivo.

Porque la voluntad privada autónoma no es una creación del Derecho, sino una exigencia de la persona humana. Cuando se dice que 'la defensa por el Estado de la autonomía privada supone ya la intervención de éste', no es para darle vida, sino para reconocerla, para regularla y limitarla, en los términos que después veremos.

3. Así, *el principio de la autonomía de la voluntad* encuentra un mayor ámbito y una inmensa posibilidad de aplicación y de extensión en el campo del Derecho privado. Queda situado como una 'fuente del Derecho', con preferencia sobre la costumbre y los principios generales, pese a no aparecer incluido en el artículo 1.º del Código civil, ya que se configura como un poder susceptible no sólo de constituir relaciones jurídicas, sino también, aunque lo niega cierto sector de la doctrina patria, de regular el contenido de las mismas y, en ocasiones, su eficacia, en el ancho espectro delimitado por la norma imperativa y la dispositiva, al poder derogar ésta.

⁵³³ García Amigo: O.c., p. 195.

⁵³⁴ Legaz: O.c., p. 766.

No obstante, Díez-Picazo⁵³⁵ niega a la autonomía privada esta consideración, aunque sí la reconoce como un principio general del Derecho, en su triple faceta de derecho natural, tradicional, y de carácter político.

Al insistir en sus estudios sobre la previsión de la propia incapacidad, los argentinos Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns⁵³⁶ afirman que, al comprobar que los antecedentes nacionales en la materia eran muy escasos, recurrieron a la búsqueda de la legislación extranjera, y de su esfuerzo y su investigación, concluyen que el común denominador en todos los antecedentes hallados es el respeto a la autodeterminación de las personas y de la autonomía de la voluntad.

4. La llamada *teoría normativa del negocio jurídico* confiere, pues, a la autonomía de la voluntad la posibilidad no sólo de crear la relación, sino también la de normalizarla. Es lo que O'Callaghan⁵³⁷ llama *libertad de contratar* y *libertad contractual*, o, como gráficamente dice Puig Brutau⁵³⁸, 'el principio de autonomía de la voluntad significa que todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera'. En expresión de De Castro⁵³⁹, se puede distinguir, en un sentido amplio, primero, el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas; y segundo, el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Más recientemente, Rafael de Juan⁵⁴⁰ entiende que la autonomía de la voluntad se manifiesta: 1) en la *autodecisión*, para contratar o no contratar; 2) en la *autoregulación*, para determinar el contenido del negocio; 3) en la

⁵³⁵ Luis Díez-Picazo Ponce de León: *La autonomía privada y el derecho necesario de la LAU*. 'Anuario de Derecho Civil', 1956, IX, 4º, p. 1.154.

⁵³⁶ Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Lloréns: *Prever la propia incapacidad. El derecho de autoprotección*. 'La Ley', Buenos Aires, 14 de junio de 2001, p. 3.

⁵³⁷ Xavier O'Callaghan: *Compendio de Derecho civil*, tomo II, Derecho de obligaciones, vol. 1, p. 259.

⁵³⁸ Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. 1, p. 5

⁵³⁹ De Castro: *El negocio jurídico*, o.c. en nota 532, p. 13.

⁵⁴⁰ Rafael de Juan de Castro: *El Registro de la Propiedad como institución abierta a la presentación de toda clase de documentos públicos y privados*. 'Boletín del Colegio de Registradores de España', nº 75. Septiembre/2001, p. 2.562.

autovinculación, para obligarse por las reglas acordadas; y 4) en la *autoelección* del tipo y de la forma de los negocios jurídicos.

Cita el Profesor García Amigo⁵⁴¹ al respecto, y en apoyo de esta tesis, preceptos del Código civil, algunas leyes especiales y compilaciones, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

a/ El ámbito de la delegación normativa a favor de los particulares, o sea, los límites dentro de los cuales aquéllos pueden establecer una norma negocial, así como sus requisitos y sus efectos, los encontramos, en el *Código civil*, entre otros, en los artículos siguientes: 6,2º y 3º, con carácter general para todo acto o negocio jurídico; 662, 667, 763 y concordantes, para el testamento; 1.091, 1.255, 1.258, 1.261 y concordantes, para los contratos; y 1.325 y 1.328 en especial para las capitulaciones matrimoniales.

b/ Coincidiendo fundamentalmente con los anteriores principios, sancionados por la ley y la jurisprudencia, también algunas *leyes regionales* de Derecho privado reconocen valor normativo a la voluntad negocial. Así, podemos citar:

- La *Compilación aragonesa* de 21 de mayo de 1985, que recogiendo el proverbio tradicional, dispone en su artículo 3º, -incluido en el Título Preliminar cuyo epígrafe general es 'De las normas en el Derecho civil especial de Aragón'-, que, 'conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón'.

- Asimismo, la *Compilación del Derecho navarro* de 1º de abril de 1987, dedica su Título Primero a 'Las fuentes del Derecho navarro', y en su *ley 7*, dispone que 'conforme al principio *paramiento fuero vienze o paramiento ley vienze*, la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre

cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un principio prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad'; y en la *ley 8*, con su epígrafe 'Libertad civil', añade que, 'en razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas'.

c/ Por su parte, el *Tribunal Supremo* se ha pronunciado en el mismo sentido por medio de muchas Sentencias: lo estipulado en un contrato es ley primordial para los otorgantes (31.1.1890); la voluntad del testador es ley de la sucesión (2.3.1935); la norma testamentaria cede ante la norma legal e imperativa que establece las legítimas (9.7.1917); los pactos libremente establecidos por las partes prevalecen sobre los artículos que no son de derecho necesario (21.5.1957); el contrato es ley para las partes que en él intervienen, y sólo produce efectos entre los que lo otorgan y sus herederos (17.12.1957); pero ello siempre que se den los requisitos esenciales exigidos por el propio Código (31.10.1924). Porque 'el principio de la autonomía de la voluntad informa el Derecho privado y eleva a ley lo convenido entre los contratantes' (2.4.1946).

5. Por último, debe dejarse constancia de que esta facultad que el ordenamiento legal brinda a las personas, es de *ejercicio voluntario* por las mismas; y en consecuencia, puede ser ejercitada o no, y en el primer caso, creada la relación jurídica particular pero no regulada en su total y específica normativa, tal relación creada se regirá, en todo o en parte, por el Derecho dispositivo, supletorio de la autonomía de la voluntad, siempre que ésta y aquél sean compatibles. Pero la posibilidad de ejercitar estas facultades es incumbencia de la propia persona, y de su esfera de actividad siempre dentro de los límites que el propio ordenamiento establece al tiempo que reconoce y otorga aquellas amplias facultades.

C/ El principio de autonomía de la voluntad: su vigencia.

⁵⁴¹ García Amigo: O.c., p. 200.

1. Al estudiar el fundamento de la *autodelación de la tutela*, afirmábamos que el mismo se encuentra, en definitiva, en lo que se viene conociendo como principio de autonomía de la voluntad.

Al reconocimiento de este principio se ha llegado tras un fenómeno evolutivo paralelo al de la Humanidad, que ha ido destacando, a lo largo de los siglos, a la persona y su libertad; si bien casi siempre referida a una relación obligatoria bilateral, contractual, como máxima expresión del principio.

En los ordenamientos, aún los más rudimentarios, late la idea de autonomía de la voluntad humana para vincularse con otra semejante, así como la fuerza de esta vinculación. La noción de relación social está en la misma naturaleza del hombre que se encuentra con otros hombres⁵⁴². Es un dato de conciencia que nuestros actos no están determinados por las leyes de la causalidad del mundo físico, sino que son obra nuestra y son susceptibles, por tanto, de un juicio de valoración; es decir, que nuestra voluntad es autónoma.

2. ¿Qué entendemos por autonomía de la voluntad?

Como dice Carlier⁵⁴³, la noción de autonomía de la voluntad encierra muchos sentidos en las varias disciplinas en las que la misma encuentra asiento. Pues además de las consideraciones de índole general que exponen multitud de autores, también hay quienes la enfocan desde una perspectiva particular. Sirvan como ejemplos de este especial punto de vista los estudios de Díez-Picazo⁵⁴⁴, en relación con el arrendamiento;

⁵⁴² Juan Castrillo Santos, Notario de Madrid: *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*. 'Anuario de Derecho Civil', abril-junio 1949, II, p. 568.

⁵⁴³ Jean-Yves Carlier: *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 15.

⁵⁴⁴ Luis Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU*. 'Anuario de Derecho Civil', IX,4, ps.1.149 y s.

Bolás⁵⁴⁵, respecto al Derecho de sociedades: y Marín López⁵⁴⁶, en cuestiones sucesorias y de Derecho internacional, entre otros menos recientes. Sin embargo, se puede decir que hay una general coincidencia en sus notas y caracteres esenciales.

Dejemos constancia de que la misma expresión no es de general aceptación; pues para De Castro⁵⁴⁷, es preferible decir *autonomía privada*, que define, en un sentido muy general, como ‘el poder de autodeterminación de la persona’. Si bien reconoce que esta misma expresión viene siendo criticada también ya desde tiempos de Savigny, y ello porque no corresponde a su sentido etimológico, (αυτο=propio, mismo; ‘νομος’ = ley); y porque ordinariamente se le reserva para designar la normativa propia de las corporaciones y demás cuerpos intermedios. Con todo, evoca el ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona.

Por su parte, los Profesores Albaladejo y Díaz Alabart⁵⁴⁸, reconocen un margen, un ámbito de autonomía (libertad) que se concede a la decisión de la persona. ‘Si la ley impusiera el elemento contractual, con carácter necesario, o lo encerrase en límites infranqueables, podríamos hablar de ‘voluntad’, pero no de ‘autonomía’, que, por definición, postula una parcela más extensa de libertad para que el particular pueda elegir y desarrollar el contenido del negocio. La ‘autonomía’ consiste en una potestad de autorregulación, de autorreglamentar las relaciones jurídicas. El sujeto de la autonomía es el individuo, no la voluntad⁵⁴⁹: ésta es un requisito del acto autónomo (o del poder de regulación privada), pero no se confunde con él’. Por ello, concluyen que prefieren hablar de *autonomía privada* en el

⁵⁴⁵ Juan Bolás Alfonso, Notario de Madrid: *La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en ‘Revista de Derecho privado’, febrero/1996, p. 113.

⁵⁴⁶ Antonio Marín López, Catedrático de Derecho Internacional. Universidad de Granada: *La autonomía de la voluntad conflictual en cuestiones sucesorias...* ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, nº 219, abril/1999, ps. 1.721 y s.

⁵⁴⁷ Federico de Castro y Bravo: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en ‘Anuario de Derecho Civil’, 1982. XXXIV, 4, ps. 987-1.085. También *El negocio jurídico*. ‘Editorial Civitas’, Madrid, 1985, p. 11.

⁵⁴⁸ En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, artículo 1.255*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, ‘EDERSA’, Madrid, 1993, p. 110.

⁵⁴⁹ Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario*, en ‘Anuario de Derecho Civil’, IX, 4, oct.-dic./1956, p. 1.152.

sentido de 'poder concedido a una persona para normar sus propias relaciones'.

Para Juan Bolás, por autonomía de la voluntad se entiende 'aquel poder reconocido a las personas para conformar libremente las diversas relaciones jurídicas que les atañen'. Díez-Picazo define la autonomía privada como 'el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte'. De Castro, para quien 'la autonomía de la voluntad es uno de los grandes tópicos del Derecho', la considera como 'poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social'. Y el Profesor Marín López considera que 'el principio de autonomía de la voluntad es una manifestación de la libertad de las partes para regular una determinada relación jurídica; es el reconocimiento del valor de la persona y su actuación libre y soberana para decidir la reglamentación de una situación; representa en gran parte el individualismo jurídico, uno de los soportes de la cultura del siglo XIX, mantenido incluso inconscientemente'.

El Diccionario Quillet define la autonomía de la voluntad como 'la détermination libre des règles auxquelles se soumettre'. Y el antes citado Carlier, aceptando que se trata del 'derecho de gobernarse por sus propias leyes', se pregunta: ¿se trata de darse a sí mismo sus propias leyes, o de elegir para sí sus propias leyes, entre otras?; es decir: ¿crear o elegir su ley?

Es prácticamente unánime la concepción de la autonomía de la voluntad como un poder, y que a la facultad de decidir debe acompañar la consiguiente responsabilidad, como destaca la noción de De Castro. Podemos concluir que es un poder jurídico de la persona para ordenar responsablemente su vida privada, constituyendo y regulando sus propias relaciones jurídicas. Y es en este ámbito, precisamente, en donde se sitúa

la posibilidad de la *autodelación de la tutela*, tanto en el momento de su constitución como durante su ejercicio, según tendremos ocasión de exponer más adelante.

3. A lo largo de la *historia*, el juego de la autonomía privada es distinto según la diversa coyuntura social, por la conexión y dependencia mutua entre lo político-social y lo jurídico. La autonomía de la voluntad como principio jurídico ha sufrido una importante evolución a través de los tiempos. 'La concepción liberal del contrato rechazaba cualquier limitación de la autonomía de la voluntad fuera del expreso mandato de la ley. Pero esa visión de la realidad contractual entró pronto en crisis, tanto por el intervencionismo del Estado para proteger a ciertas clases sociales mediante la promulgación de normas imperativas que excluyen la libertad de contratación (contratos de trabajo, seguros, transporte, arrendamientos), cuanto por la reacción frente al uso abusivo de ciertas figuras (contratos de adhesión, condiciones generales de los contratos)⁵⁵⁰.

a/ La sociedad actual, dice Summer Maine⁵⁵¹, se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa la voluntad contractual en ella. El *Derecho antiguo* fijaba la posición de un hombre desde la cuna, en tanto el *Derecho moderno* permite el crearla él mismo. En las sociedades primitivas el hombre apenas crea para sí derechos ni obligaciones: las reglas a que obedecen surgen, primero, de la condición en que ha nacido, y después de las órdenes dictadas por el jefe de la casa. Tan solo cuando la persona, el individuo, se afirma como ente singular emergente del más amplio ámbito social y familiar, es cuando podemos empezar a considerar este principio de la autonomía privada como algo esencialmente unido a la personalidad.

Así, en *Grecia*, el lugar de la voluntad en la validez jurídica de los negocios privados es muy limitada. En el siglo II a.d.C. surge en *Roma* su desarrollo, limitado a ciertos negocios consensuales -*emptio venditio*,

⁵⁵⁰ Manuel Amorós Guardiola: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*. 'Anuario de Derecho Civil', XXXVI, 4º, 1983, p. 1.141.

locatio conductio, societas, mandatum-, mediante la palabra expresamente manifestada. Cicerón⁵⁵² escribió que ‘la fidelidad a la palabra dada es el fundamento de la justicia’.

En la *Edad Media* domina la forma, por influencia canónica. Por eso, ‘frente a la afirmación generalizada de que el dogma de la autonomía de la voluntad nace con las tesis de Grocio, se divulga por Rousseau y Kant, y triunfa con la Revolución Francesa y el Código de Napoleón’, señalaba De Castro que el origen de este dogma está en los tratadistas de teología moral y en los canonistas (*pacta sunt servanda*)⁵⁵³. El propio Grocio⁵⁵⁴ dice que es posible que un hombre ceda a otro parte de su libertad como cede su propiedad, y postula el libre ejercicio de la voluntad.

En el *Código de Napoleón* ya aparece reconocida la voluntad en su artículo 1.134,1: ‘*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*’. Es el antecedente directo de nuestro artículo 1.091 en su formulación: ‘*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*’. El *Código civil para la Rusia soviética*, de 1922-23, silencia el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos⁵⁵⁵. El nuevo *Código civil de la Federación Rusa*, de 22 de diciembre de 1995, dispone en su artículo 421, bajo el epígrafe ‘Libertad contractual’, que los ciudadanos son libres a la hora de concluir un contrato.

b/ El principio de autonomía de la persona, escribe Díez-Picazo⁵⁵⁶, es un principio tradicional del *Derecho español*, que ha reconocido y defendido siempre el valor sobrenatural del individuo y la necesidad de la protección de la realización de sus fines.

⁵⁵¹ Henri Summer Maine: *El Derecho antiguo*. Parte especial. Madrid, 1893, p. 72.

⁵⁵² MarcoTulio Cicerón: *De officiis*, I, VII, 23.

⁵⁵³ Manuel Amorós Guardiola: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad...*, citado en anterior nota 550, p. 1.131.

⁵⁵⁴ Según G. Auge: *Le contract et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, citado por Carlier, o.c. en nota anterior 543, p. 20.

⁵⁵⁵ Juan Castrillo Santos, Notario de Madrid: *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*. ‘Anuario de Derecho Civil’, abril-junio 1949, II, p. 568.

En otra parte anterior de este trabajo hemos visto cómo el profesor García Amigo encontraba en nuestro Derecho las bases para elaborar una teoría normativa del negocio jurídico, especialmente fundada en el principio de la autonomía de la voluntad.

En la *Ley de Bases del Código de comercio de 1885*, se dice que 'no debe ser la ley molde inflexible que reduzca a tipos elegidos *a priori* las combinaciones infinitas de los cambios (en materia de transacciones mercantiles), porque la única regla de los contratos es la voluntad de las partes...; la nueva fórmula es clara, precisa, terminante: la ley jurídica de toda transacción es la estipulada por las libres voluntades de las partes, debe ser lo que han querido los contratantes... He aquí un germen fecundo de nuevas y múltiples relaciones, un campo extensísimo de los individuos y sobre todo, un punto de vista elevado y filosófico para nuestro Código civil y para nuestro Código de comercio'⁵⁵⁷.

El *Código civil* de 1889 recoge con amplitud el principio de autonomía de la voluntad en su artículo 1.255, si bien en sede de contratos. Manresa⁵⁵⁸ cree que este artículo está inspirado verdaderamente en el principio *standum est chartae* del Derecho aragonés, que no tiene concordantes en los Códigos extranjeros, y que carece de antecedentes en nuestros textos positivos; pero ello no quiere decir que no se recogiera en él el sentir y el criterio emanados del liberalismo económico del momento. Tras la nueva redacción dada al Título Preliminar del mismo Código por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, el *artículo 6* acepta, ya en términos generales, la eficacia y la autonomía de la voluntad respecto a normas, derechos y actos de la persona.

⁵⁵⁶ Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario...*, citado en nota anterior. p. 1.156.

⁵⁵⁷ Albaladejo y Díaz Alabart: *Comentarios al Código civil...*, O.c., 'Edersa', 1993, Tomo XVII, p. 109.

⁵⁵⁸ Manresa: *Comentarios al Código civil español*. Tomo VIII, Vol. II, 5ª edición, Madrid, 1950, p. 302.

c/ Los poderes sociales (financieros, colegios profesionales, cámaras, sindicatos y demás grupos de presión), dice De Castro⁵⁵⁹, que sirven hoy de dique al Estado fuerte, como antes los 'grandes feudales', defienden eficazmente libertades y autonomía privada, y, como éstos hicieron, procuran ahora arrancar al Estado jirones de soberanía, imponiendo sus leyes, sus impuestos y sus tribunales al común del pueblo. Frente a estos abusos los particulares reclaman, porque lo necesitan, el apoyo del Estado para que limite los excesos de la autonomía privada. De lo que resultan presiones, de un lado y de otro, que coinciden en disminuir el alcance de aquélla. No obstante, la autonomía privada pervive, lo que puede explicarse por los intereses encontrados de las fuerzas sociales en lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en principios de justicia. De este valor trascendente del amparo de la autonomía privada parecen conscientes los políticos, y así ha sido llevado a los textos constitucionales como uno de los derechos naturales del hombre: el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como se recoge en los artículos: 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948; 2º de la *Grundgesetz*, de la República federal de Alemania, de 25 de mayo de 1949; y 3,2º, 13 y 14 de la Constitución italiana.

A lo largo del siglo XX se ha venido formando un movimiento pendular que oscila desde la postulación de un amplio liberalismo hasta las propuestas de una mayor intervención de los poderes públicos en la vida social. Es innegable que el progresivo ensanchamiento de la esfera administrativa ha creado una alarma justificada, que se manifiesta en numerosos estudios dedicados a la crisis del contrato, del negocio jurídico, del derecho subjetivo, del Derecho civil y del Derecho privado. En los años inmediatamente posteriores a la gran crisis económica de 1929, en la guerra mundial y en la postguerra, que se encontraban marcados por una economía de escasez y de penuria, las necesarias intervenciones de las

⁵⁵⁹ De Castro: *El negocio jurídico*, O.c., p. 17.

autoridades gubernativas produjeron figuras que eran anómalas desde el punto de vista de la concepción tradicional del contrato. Algunos civilistas llegaron a hablar del 'contrato dictado' y del 'contrato impuesto'. El jurista francés Delaume⁵⁶⁰ defiende la autonomía, pero con limitaciones, y estudia la evolución desde el contrato 'controlado' al contrato 'dirigido' y, después, al contrato 'impuesto'.

En nuestra doctrina, O'Callaghan⁵⁶¹ habla de contratos 'restringidos' y contratos 'forzosos'. Voces autorizadas -dice Díez-Picazo⁵⁶²- anunciaban entonces, y aún proclamaron años después, la crisis del contrato, la decadencia del contrato o, decididamente, la muerte del contrato.

Es evidente la existencia de un movimiento político jurídico de 'ida y vuelta' en orden a la extensión y límites de la autonomía de la voluntad: la función social de la propiedad, la protección del contratante débil por razón social, etc., van siendo sustituidas por una corriente neoliberal que propugna la 'desregulación', es decir, el retraimiento de las leyes imperativas: así, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre Arrendamientos Urbanos, y la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, y sus posteriores modificaciones. Pero por otro lado, avanza pujante la protección al contratante débil en forma de defensa de los consumidores y usuarios, que genera la nulidad de las cláusulas abusivas: así, la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios, en los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales.

En efecto, acontecimientos políticos de magnitud histórica, que tuvieron lugar en la Europa de la última década del siglo, han determinado,

⁵⁶⁰ G.R. Delaume: *L'autonomie de la volonté en Droit international privé*, citado por Marín López: *La autonomía de la voluntad conflictual*, en 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', nº 216, abril/1999, p. 1.722.

⁵⁶¹ O'Callaghan, O.c. en nota 124, p. 268.

⁵⁶² Luis Díez-Picazo y Ponce de León: *¿Una nueva doctrina general del contrato?*, en 'Anuario de Derecho Civil', XLVI, 4º, octubre-diciembre/1993, p. 1.706.

también, la ‘desregulación’ de sectores económicos y sociales, de retroceso del poder *autocrático* en la creación de normas jurídicas en todos los campos, y también en el del Derecho privado o civil. Con ello, se ponía más de manifiesto el poder de la autonomía de la voluntad, el poder *democrático*, en la creación de las normas jurídicas.

4. La *importancia* de este principio en la vida jurídica de nuestros días es evidente. El individualismo jurídico del que la autonomía de la voluntad es un aspecto esencial, constituye uno de los pilares de la cultura del siglo XIX⁵⁶³. ‘Es un hito, afirma Sturm, para la libertad y la responsabilidad’⁵⁶⁴. Hernández Gil⁵⁶⁵ considera que el dogma de la autonomía de la voluntad es ‘rector de la concepción tradicional del contrato’; y para Rivas Martínez⁵⁶⁶ es la médula del negocio jurídico, un poder de la persona.

Los frecuentes desplazamientos de personas de todos los grupos y edades de un lugar a otro ofrecen numerosas ocasiones de establecer relaciones entre individuos pertenecientes a multitud de aquéllos, mediante su voluntad vinculante, libremente expresada. Baste considerar que esta voluntad define y perfecciona a la persona, y le ayuda a conseguir los fines en orden a su realización personal, familiar y social.

5. Si bien este principio es de general aplicación, su formulación legislativa y su *ámbito de aplicación* en constante y condicionado aumento, son relativamente recientes.

Es claro que la autonomía de la voluntad se extiende a la libertad de las personas frente al Estado así como frente a otros particulares.

⁵⁶³ Antonio Marín López: *La autonomía de la voluntad conflictual...* ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, nº 216, abril/1999, p. 1.720.

⁵⁶⁴ Citado por Marín López, en *La autonomía de la voluntad conflictual...* ‘Boletín del Colegio Notarial de Granada’, según cita en nota anterior..

⁵⁶⁵ Antonio Hernández Gil: *Derecho de obligaciones*. V,I, Madrid, 1960, ps. 228 y s.

⁵⁶⁶ J.J. Rivas Martínez: *Disposiciones y estipulaciones...*, O. c. en nota 272, p. 195.

Por otra parte, abarca la total personalidad, toda la esfera jurídica de la persona, toda la vida jurídica del individuo, sin llegar a perfilarse como un principio de carácter absoluto. Pero por tratarse de un poder se puede ejercer en un doble sentido, a cuya conclusión llega la mayor parte de la doctrina: 1) poder de constitución de relaciones jurídicas; y 2) poder de reglamentar el contenido de las mismas. O, como dice Hernández Gil⁵⁶⁷, este dogma de la autonomía de la voluntad se puede estimar traducido en estos principios: 1) libre celebración; 2) libre determinación de contenido; y 3) fuerza vinculante. Aunque para algunos autores, como Carlier⁵⁶⁸, sólo existe libertad de contratar, pues la voluntad de las partes debe moverse siempre dentro del círculo determinado por el legislador competente. Juzga que la autonomía de la voluntad está a medio camino: no es creación arbitraria de normas para uno mismo, ni simple aceptación de normas externas⁵⁶⁹.

Y en el propio ámbito del Derecho privado, se desplaza a otras esferas del mismo. La autonomía es un poder de tipo general, que no se da para un fin concreto o con un determinado objetivo, sino que también aquí abarca a toda la persona en sus múltiples facetas y aplicaciones.

Y aún tiene distinto campo de aplicación en el mismo seno del Derecho civil.

Hay una innegable corriente doctrinal que, a la hora de exponer sus puntos de vista sobre este tema importante, lo identifica, prácticamente, con el contrato. Y se llega a confundir la discutida crisis de éste con la pretendida crisis de la autonomía de la voluntad.

Hemos visto cómo el concepto de la autonomía de la voluntad se integra en el núcleo central de la noción de negocio jurídico, y dentro de

⁵⁶⁷ Antonio Hernández Gil: *Derecho de obligaciones*, antes citado, 1960, ps. 228 y s.

⁵⁶⁸ Jean-Yves Carlier: *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 51.

⁵⁶⁹ Carlier, *Idem*, p. 17

éste, en su modalidad bilateral de contrato, como su máxima expresión⁵⁷⁰. Pero la autonomía es un poder de tipo general. La autonomía tiene como objeto toda la esfera jurídica personal, y como fin toda la vida jurídica del individuo. No puede hablarse por ello de un derecho subjetivo de celebrar un contrato o de hacer testamento; pero el poder celebrar el contrato o el poder hacer testamento son manifestaciones de la autonomía del individuo⁵⁷¹.

En el derecho de la *contratación* es manifiesto el retroceso de la regulación *autocrática* o imperativa, en tanto avanza la regulación *democrática* a través de aquel principio; de tal manera que es el contrato, precisamente, el instrumento de penetración de la autonomía de la voluntad en otros ámbitos del Derecho privado.

Su aplicación inicial incide sobre las relaciones contractuales, pero no con un carácter general. Así, Dualde⁵⁷² expone una larga lista de los que llama 'contratos imperativos', como el depósito necesario, la expropiación forzosa, las servidumbres forzosas, la venta de bienes de menores, el régimen de tasas y la política de precios, los arrendamientos forzosos, el contrato de trabajo, entre otros, dentro de una enumeración confusa y falta de sistema⁵⁷³.

El campo de Derecho privado más sensible a este principio sea, acaso, el del Derecho de *familia*, cuyos preceptos, en gran parte, tienen carácter imperativo. Como dice el Profesor De los Mozos⁵⁷⁴ 'el Derecho de familia, dentro del Derecho civil, presenta características propias, cifradas en su origen, su estructura y su finalidad'. La función predominante que en

⁵⁷⁰ De los Mozos: *La teoría general del negocio jurídico...* 'Anuario de Derecho Civil', 1986, p. 789.

⁵⁷¹ Luis Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario*. 'Anuario de Derecho Civil', IX, 1956, p. 1.152.

⁵⁷² Joaquín Dualde: *Los imperativos contractuales*. 'Anuario de Derecho Civil', II, 2, 1949, ps. 527 y s.

⁵⁷³ Díez-Picazo: *Los llamados contratos forzosos*. 'Anuario de Derecho Civil', IX, 1, 1956, p. 91.

⁵⁷⁴ José Luis de los Mozos: *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*. Departamento de Derecho civil. Universidad de Valladolid. Volumen I, 1981, p. 26: *La autonomía del Derecho de familia*.

él desempeña el *deber* frente al *poder*, como elemento del derecho subjetivo; la más estricta conexión con los principios morales y religiosos; la actuación constante en su seno de principios de Derecho natural, y su importancia con respecto a la organización del Estado, son otras tantas notas que se acentúan en el Derecho de familia⁵⁷⁵. Por ello mismo, dice C. Jemolo⁵⁷⁶, que es tan difícil diferenciar dentro del campo del Derecho civil dónde termina el Derecho y dónde empieza la Moral.

Así se explica que un amplio sector de la doctrina negara, hace algunos años, que el principio pudiera aplicarse a esta rama del Derecho, que obedece tanto en el fondo como en la forma, a leyes imperativas.

Esta peculiaridad, sin embargo, no supone su total inaplicación, porque la vida y el desarrollo de un pueblo, su progreso económico y su evolución política están supeditados al bienestar a la perfección de la vida familiar⁵⁷⁷. Los llamados ‘convenios reguladores’ en materia de separación y divorcio, así como las capitulaciones matrimoniales, han ensanchado los estrechos límites que, para la autonomía de la voluntad, estaba ausente en el sector de las relaciones personales.

Dice Carlier⁵⁷⁸ que en Derecho privado, las relaciones de familia están tradicionalmente excluidas, en gran parte, de la autonomía de la voluntad, pues la organización de la familia está por encima de los acuerdos privados, y sometida más a las mutaciones de hecho que a los efectos perpetuos de una voluntad efímera. Las excepciones -contratos matrimoniales, de adopción, reconocimientos, etc.- no alteran el cuadro legal de la organización familiar.

Porque las relaciones familiares han pasado, en una época reciente, de una consideración de espacio público a un espacio privado⁵⁷⁹. Aumenta

⁵⁷⁵ Antonio Hernández Gil: *El concepto de Derecho civil*. Madrid, 1943, ps. 170 y 171.

⁵⁷⁶ Citado por De los Mozos, O.c. en nota anterior, p. 27.

⁵⁷⁷ Díez-Picazo y Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, IV, ‘Tecnos’, Madrid, 1986, p. 46.

⁵⁷⁸ Jean-Yves Carlier: *Autonomie de la volonté...*, O.c., p. 41.

⁵⁷⁹ Carlier: O.c., p. 7.

el papel de la autonomía de la voluntad en el campo de la vida privada y familiar: en Europa se cita el caso del artículo 8º de la Convención de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, que confiere el mismo rango a la vida privada y familiar; en Estados Unidos, la jurisprudencia de la Corte Suprema, que acentúa esta tendencia, que trata de situar el principio en su justa medida, es decir, en el equilibrio de los intereses del individuo, de la familia y del Estado.

Y en el caso concreto de la institución *tutelar*, la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983 obliga a plantearse la cuestión anteriormente aludida acerca de si la misma debe ser estudiada e incluida en el Derecho de familia, como venía siendo tradicional, al considerarla como supletoria de la patria potestad, o entenderla como pensada fundamentalmente para las personas que no pueden valerse por sí mismas, lo que la aproxima y vincula con el estado civil de las personas. Pero ello no afectaría a la autonomía de la voluntad, salvo para ampliar, acaso, su ámbito.

Y es, precisamente, en este ámbito en donde debe situarse la posibilidad de la *autotutela* y su regulación.

Siempre respetuoso con los límites dentro de los cuales se desenvuelve la autonomía privada, todo individuo debe poder disponer siendo capaz cuanto haga referencia a su esfera jurídica personal para cuando pierda esa capacidad de obrar. Curiosamente, tanto el Código civil (artículo 202) como la nueva Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 757) no reconocen al interesado legitimación para promover la declaración de su propia incapacidad; pero sí la conceden 'al propio incapacitado' (artículos 213 y 761, respectivamente, de dichos textos) para formular la petición a fin de iniciar el procedimiento para 'dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida'.

Pero, por otra parte, no debe dejarse en libertad total, de manera que cualquiera que sea la regulación que disponga pueda provocar algunas dudas al respecto, en el caso de que no haya una normativa

especial. Por eso, se propugna una ley que, añadiendo al Código civil los artículos precisos, establezca de modo expreso e indudable tal delimitación.

En materia de *sucesiones*, se reconoce un papel preponderante a la autonomía de la voluntad, por vía testamentaria⁵⁸⁰. El carácter imperativo de la normativa sobre legítimas, por ejemplo, es un indudable límite a la misma.

6. El 'principio de la autonomía de la voluntad' está, pues, sometido a *revisión*. Por ello, como dice García Amigo⁵⁸¹, interesa determinar si tal *crisis* es meramente cuantitativa -es decir, de crecimiento o disminución de sus limitaciones-, o si llega a alcanzar en lo cualitativo, a la esencia del principio.

La 'autonomía privada', tan como hoy la concebimos, fue defendida por los hombres de la Ilustración; y los autores del siglo XIX, afirma De Castro⁵⁸², llegaron a concebirla como un dogma científico.

Pese a que el principio ha sido aceptado por la legislación comparada, la jurisprudencia y la doctrina, ya desde sus inicios se ha encontrado con detractores. La negación de la autonomía no es algo actual y moderno. En 1927 los Profesores A. Pillet y Jean-Paul Niboyet llegaron a afirmar que 'la teoría de la autonomía de la voluntad, desde el punto de vista doctrinal, no existe'. Frente a esta negativa absoluta, hay opiniones doctrinales que la reconocen y admiten, si bien sometida a ciertas limitaciones.

El argumento que se esgrime en contra consiste en reconocer que en cualquier sistema de Derecho la voluntad de las personas no puede

⁵⁸⁰ Carlier: *Autonomie de la volonté...* O.c., p. 42.

⁵⁸¹ García Amigo: O.c. en nota 477, p. 192.

⁵⁸² Federico de Castro: *El negocio jurídico*, O.c., p.14.

tener más eficacia que aquélla que le otorga la ley. Para Curti Gialdino⁵⁸³, los argumentos en que se basaba la doctrina contraria a la autonomía de la voluntad son, principalmente, el que otorga un poder legislativo a los particulares, lo que es inadmisibile; y que la voluntad privada no puede derogar la ley.

Hay una innegable corriente doctrinal que, a la hora de exponer sus puntos de vista sobre este importante principio, lo identifica, prácticamente, con el contrato. Y, según queda dicho anteriormente, trasladan la crisis de éste, generalizando, al campo de la autonomía de la voluntad.

Para el Profesor Doral García⁵⁸⁴, la crisis del contrato en la actualidad, si no es insalvable, aboca al mismo a una expansión de su concepto en virtud de una *vis* atractiva. En el mismo sentido, Díez-Picazo⁵⁸⁵ dice que nos hallamos ante un dilema: o se rectifica el concepto de negocio jurídico, incluyendo las relaciones derivadas de la autonomía privada con las creadas por actos de autoridad, o se construye, al lado de aquéllos, una nueva figura que ampare esa nueva realidad de relaciones jurídicas de creación pública o estatal; y concluye diciendo que de esas nuevas fuentes surgen relaciones jurídicas idénticas a las que nacen del contrato, por lo que en conclusión, varía solamente la fuente de producción de esas relaciones, pero no éstas, que en todo caso tienen la misma esencia.

Así, dicen Díez-Picazo y Gullón⁵⁸⁶, se limita o se impide el juego de la autonomía de la voluntad. Esta particularidad, sin embargo, no supone su total supresión, porque la vida y la evolución de un pueblo, su progreso económico y su evolución política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar. Ya vimos cómo los llamados 'convenios

⁵⁸³ A. Curti Gialdino: *La volonté de parties en droit international privé*, citado por Marín López: *La autonomía de la voluntad...*, O.c., p. 1.722.

⁵⁸⁴ José A. Doral García: *Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato*. 'Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo', Vol. VI, Madrid, 1988, p. 99.

⁵⁸⁵ Luis Díez-Picazo: *Los llamados contratos forzosos*. 'Anuario de Derecho Civil', IX,1, 1956, p. 97.

⁵⁸⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil, IV*, 'Tecnos', Madrid, 1986, p. 46.

reguladores' en materia de separación y divorcio, así como en materia de capitulaciones matrimoniales, han ensanchado los estrechos límites que para la autonomía de la voluntad, en materia de Derecho de familia, estaba ausente en el sector de las relaciones personales.

7. Ello nos lleva a la cuestión de *límites*, una vez aceptada la plena vigencia del principio de la autonomía privada, de conformidad con las nuevas tendencias y con la orientación de la ciencia jurídica y su plasmación legislativa. Así lo entiende Díez-Picazo⁵⁸⁷, cuando afirma que 'el problema de la autonomía privada es un problema de límites'; y en expresión de Vázquez de Castro⁵⁸⁸, se trata de una cuestión de equilibrio dependiente de la prudencia política del gobernante. Porque en tanto se estrechan los límites, la autonomía de la voluntad se va cercenando.

Partiendo de que no estamos en presencia de un principio absoluto e ilimitado, veamos cuáles pueden ser las líneas que delimitan su ámbito.

a/ En primer lugar, límites *extrínsecos*. Son los que enuncia el artículo 1.255 del Código civil: las leyes, la moral y el orden público. Salvo el límite moral, que tiene una mayor precisión, el concepto de orden público y la extensión de la ley 'son siempre líneas fluctuantes, son variables que están en función de la idea política vigente'⁵⁸⁹.

1º. Las *leyes imperativas*, como hemos visto, condicionan la autonomía privada. En el mismo Código encontramos numerosas limitaciones de este tipo en los artículos 6,3; 221; 323; 628; 633; 635; 1.102, 1.271,2; 1.459, etc. Y también en las leyes especiales sobre arrendamientos urbanos y rústicos; así como la de protección a usuarios y consumidores, entre otras.

⁵⁸⁷ Luis Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario*. Citado en anterior nota 335.

⁵⁸⁸ Jesús Vázquez de Castro: *La función de la voluntad en los negocios jurídicos*. RDEA, nº 22, abril-junio/1960, p. 165.

⁵⁸⁹ Díez-Picazo: *La autonomía privada...*, p. 1.157.

2º. También supone un límite a la autonomía privada el respeto a la *moral*, que es la normativa ética, de buena fe, necesaria para la convivencia mínima en sociedad: el artículo 1,3º admite la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico, siempre que no sea contraria a la moral; el 7,1º del Código exige que los derechos se ejerciten '*conforme a las exigencias de la buena fe*'. Y en la legislación de Arrendamientos Urbanos se exige que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley se acomoden a las reglas de la buena fe. El '*respeto a las reglas de la buena fe procesal*' es exigido, asimismo, por el artículo 247 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, en unos términos tales que, en palabras de Vázquez Iruzubieta⁵⁹⁰ '*más que una norma procesal es una advertencia declarativa de un principio genérico que carece, así expresada, de toda sanción*'. El límite moral de la autonomía impide, en primer lugar, el negocio inmoral: la inmoralidad del negocio incide sobre la causa del mismo, y lo hace ineficaz.

3º. Por último, el discutido y variante concepto de *orden público*; pero invocado por el mismo Código en sus artículos 1,3º, 6,2º; y 12,3. Como dice Díaz-Picazo⁵⁹¹, el concepto de orden público es quizá uno de los más difíciles e imprecisos de los empleados por nuestro Código civil: es más fácil de intuir que de definir por tratarse de un concepto vago, aunque fundamental. Parece, no obstante, que este concepto puede aplicarse a los derechos fundamentales de la persona⁵⁹²; pues está sustraído a la autonomía de la voluntad⁵⁹³.

b/ Los límites *conceptuales* se refieren a la naturaleza de las cosas y a la precisión de los conceptos jurídicos. Así, la voluntad no puede desnaturalizar una compraventa eliminando el precio o sustituyéndolo por

⁵⁹⁰ Carlos Vázquez Iruzubieta: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia de la Ley 1/2000, de 7 de enero*. 'Dijusa', Madrid, 2000.

⁵⁹¹ Díez-Picazo: *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, en 'Anuario de Derecho Civil', IX, 4, oct-dic/1966, p. 1.158.

⁵⁹² Según Juan-Francisco Delgado de Miguel, Notario de Gijón, en: *La aplicación del Derecho Privado comunitario*. Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 6 de abril de 2000.

⁵⁹³ José J. López Jacoiste: *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en 'Anuario de Derecho Civil', 1986, p. 1.118.

una renta periódica; o llamar donación a la entrega de una cosa mediante un precio. En este sentido hay abundante jurisprudencia⁵⁹⁴, que califica los actos y negocios jurídicos por lo que realmente son y no por la denominación que le hayan dado sus interesados.

c/ Por último, los llamados límites *intrínsecos*, entre los cuales se considera especialmente el *abuso del derecho*. Iniciada esta tendencia por la doctrina⁵⁹⁵, y aceptada por las Sentencias de 10 de julio de 1903, 13 de junio de 1941 y 14 de febrero de 1944, fue recogida en alguna legislación especial, como la de Arrendamientos urbanos⁵⁹⁶, que en el texto aprobado por el Decreto de 13 de abril de 1956, en su artículo 9, disponía que '*Los Jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado con manifiesto abuso de derecho*'. Por cierto que en el artículo 9 del Texto refundido de la LAU, aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, parece condicionarse esta exigencia, al decir en su párrafo segundo que '*los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de ley*'. ¿Es que esas normas no prevalecen siempre, en todo caso?

Y hoy ya se acepta expresamente la llamada '*doctrina del abuso del derecho*' y el ejercicio antisocial del mismo, en el artículo 7,2º del Código civil, tras la reforma de la Ley 3/1973: '*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*'; y en el 11,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: '*Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*'. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone en su artículo 247,2, que '*Los*

⁵⁹⁴ Entre otras, la Sentencia de 7 de julio de 1987.

⁵⁹⁵ José Calvo Sotelo: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Con Prólogo de Gumersindo de Azcárate. Madrid, Victoriano Suárez, 1917. De Casso: *Aportación a la sistemática del abuso de derecho*. Discurso de ingreso en la Academia Sevillana de Buenas Letras, Sevilla, 1935. Gallardo Rueda: *Inactualidad del concepto 'abuso de derecho'*. Madrid, 1948.

⁵⁹⁶ Rafael Ruiz Gallardón, Notario: *El abuso del derecho en la nueva LAU*. 'Anuario de Derecho Civil', IX,4, 1956, p.1.183.

tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal’.

Para De Castro⁵⁹⁷, hay que incluir en este tipo de limitaciones las establecidas en los contratos de adhesión y en las condiciones generales de la contratación.

También hay que dejar constancia de que, como toda actuación voluntaria y libre, la autonomía privada lleva consigo una considerable carga de responsabilidad, como ya puso de relieve el profesor De Castro, al formular el concepto de la misma.

⁵⁹⁷ De Castro: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, en ‘Anuario de Derecho Civil’, 1982, p. 987.

- IX -

CONCLUSIONES

Llegados a este punto, debemos afrontar el resumen de todo lo que antecede, en estas conclusiones:

PRIMERA. El aumento de la población mundial, así como la longevidad o expectativa de vida son hechos evidentes y comprobables por la simple percepción actual del mundo.

SEGUNDA. Este aumento va a producir un desplazamiento de una gran parte de la población hacia sectores de mayor edad, con un creciente porcentaje de personas que superen los sesenta y cinco años.

TERCERA. En ese 'nuevo sector de edad', la incidencia de enfermedades hasta ahora desconocidas llega a producir ciertas situaciones de incapacidad, previsibles, pero no evitables. El mismo resultado lo pueden producir ciertos factores de riesgo causado por algunas actividades peligrosas en otros ámbitos: social, laboral o deportivo.

CUARTA. Pero no basta la mera existencia de esas enfermedades o afecciones, aunque lleguen a producir incapacidad en el que las sufre, sino que es necesario que el ordenamiento jurídico establezca los medios para que se produzca una declaración judicial de incapacidad.

QUINTA. Debe establecerse un procedimiento especial, abreviado, para que se produzca esa declaración judicial de incapacidad. Más que un procedimiento contencioso con particularidades que lo alivien de trámites superfluos, acaso sería conveniente incluirlo entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria, si bien con las especialidades que se consideren convenientes para facilitar su planteamiento por el presunto incapaz, así como una eventual oposición. Y en cuanto surja la menor contradicción, se traslada a la contenciosa, como tantos otros. Que nunca sea el presunto incapaz quien asuma la posición procesal de demandado, ya que al mismo nada se demanda.

SEXTA. En el periodo de tiempo que transcurre desde que aparecen los primeros síntomas de la enfermedad hasta que ésta llega a producir la total incapacitación, hay que conceder al paciente su derecho inalienable a ordenar la institución tutelar que considere más oportuna a su situación actual y, sobre todo, a la futura. Lo mismo a las víctimas de aquellas actividades peligrosas, por si llegaren a acabar en la declaración de incapacidad derivada de tales accidentes.

SEPTIMA. Si la tutela se orienta siempre al mejor beneficio del tutelado, hay que reconocer a éste, como el mejor conocedor de sí mismo, la decisión de designar a aquellas personas que considere más aptas e idóneas para el desempeño de los cargos tutelares, así como a regular el desarrollo de la tutela; siempre que tal decisión sea adoptada en momentos de plena lucidez, esto es, antes que la enfermedad previsible o en curso anule sus facultades volitivas, y no infrinja norma alguna legal o moral.

OCTAVA. Hasta el momento, el ordenamiento civil general existente en España no ofrece a quienes lo deseen esta posibilidad de solicitar la declaración judicial de su propia incapacidad y de regular su *autotutela*, pese a que en el Derecho patrio ya existe en el ordenamiento catalán. Y en la doctrina, así como en el Derecho comparado, la tendencia es la de

reconocer este derecho a quien se halla en tal situación de necesidad y en condiciones hábiles para ello.

NOVENA. Urge, pues, que la realidad social de nuestro tiempo cree el ambiente jurisprudencial y doctrinal propicio a la reforma legal necesaria para que se incorpore a nuestro Derecho positivo, civil y procedimental, la posibilidad de la *autoregulación de la tutela*.

DECIMA. El Código civil español debe incorporar a su articulado la normativa acerca de la autodelación de la tutela, configurando nuevos artículos o dando nueva redacción a otros actualmente vigentes. Y en la Ley de Enjuiciamiento Civil deben reformarse los correspondientes artículos para su adaptación a la nueva figura, y los procedimientos judiciales de incapacitación y tutela, incorporados a la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, desplazándolos totalmente del ámbito de la Jurisdicción Contenciosa, en donde no tienen fácil acomodo, por mucho que se les reconozca un cierto carácter especial.

UNDECIMA. Esta incorporación puede hacerse volviendo a llenar de contenido los artículos que quedaron privados del mismo a raíz de la reforma llevada a cabo en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

DUODECIMA. Deberá dejar bien clara la función del Registro Civil en relación con la autotutela; y, a fin de evitar duplicidades o confusiones, asignar la inscripción de la misma a su Sección Cuarta, de conformidad con lo que anteriormente hemos dejado expuesto al tratar de esta cuestión.

DECIMATERCERA. La iniciativa puede partir de la Comisión General de Codificación, a fin de elevar su propuesta al Ministerio de Justicia para que el Gobierno la presente a las Cortes como un *Proyecto de Ley* (artículos 87 y 88 de la Constitución; y 108,1º y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados). O también mediante una

Proposición de Ley, según se regula en el artículos 124 y siguientes del citado Reglamento.

Madrid, abril 2002.

BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES

Además de haber utilizado otras fuentes menores -estudios jurídicos, artículos de prensa, entrevistas, reportajes, etc.-, que quedan citados en las anteriores notas a pié de página, los principales textos que tratan de esta materia, algunos de los cuales se han utilizado como base para esta investigación, son los siguientes:

Albácar y Martín Granizo: *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I,2. 'Trivium', 1995.

Albaladejo García, Manuel: *Curso de Derecho civil. IV, Derecho de Familia*, 1994.

Albaladejo García, Manuel: *El negocio jurídico*. 'Bosch', Barcelona, 1958.

Albaladejo, Manuel, y Díaz Alabart, Silvia: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVII. Artículo 1.255*. 'EDERSA', Madrid, 1993.

Alonso Martínez, Manuel: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid, 1884. 'Establecimiento Tipográfico de P. Núñez'. Calle de la Palma Alta, 22.

Alonso Pérez, Mariano: *Tres personajes reflexionan sobre la ancianidad: Cicerón, Bobbio, Juan Pablo II. Consecuencias jurídicas*. Universidad Rey Juan Carlos. Cursos de Verano, Ronda 2001, 23-27 julio, sobre 'Asistencia y Protección a las Personas Mayores'.

Amorós Guardiola, Manuel: *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*. 'Anuario de Derecho Civil', Tomo XXXVI, 4º, 1983.

Amorós Guardiola y otros: *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986.

Anuario de la Dirección general de los Registros y del Notariado. 1924.

Arias Ramos, J.: *Derecho Romano*. 'Editorial RDP,' Madrid, 1966.

Apalategui y Ocejo, Pedro: *La tutela de autoridad*. 'Real Academia de Jurisprudencia y Legislación', 21 de junio de 1954.

Avello Fuertes, José Manuel: *Comunicación a la Segunda Ponencia sobre Procesos de incapacidad...* 'Jornadas de Derecho Procesal'. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984.

Badosa Coll, Ferrán: *La autotutela*, en 'Libro Homenaje a José Luis Lacruz Berdejo', II, Bosch, 1993.

Ballarín Marcial, Alberto: *Naturaleza y clases de 'juicios' del Notario*. 'Academia Matritense del Notariado', tomo XXXV. Madrid, 1996, p. 532.

Beltrán de Heredia, José: *Reconocimiento de hijo natural en testamento*. 'Revista de Derecho Privado', 1965.

Bercovitz, Rodrigo: *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid, 1976.

Bolás Alfonso, Juan: *La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*. 'Revista de Derecho Privado', febrero/1996.

Bolás Alfonso, Juan: *La protección jurídica de Discapacitados, Incapaces y personas en situaciones especiales*. Santander, 23 a 27 agosto de 1999. En la Jornada Inaugural. 'Civitas', 2000.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.

Cabrera Hernández, José María: *La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código Civil*. 'Revista Jurídica del Notariado', nº 24. Madrid. octubre-dicbre./1997.

Calvo Sotelo, José: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Con Prólogo de Gumersindo de Azcárate. Madrid, 'Victoriano Suárez', 1917.

Cámara Alvarez, Manuel de la: *Ante la reforma del Derecho de familia*. Conferencia en el Colegio Notarial de La Coruña, 30 de junio de 1978.

Campo Güerri, Miguel-Angel: *La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado', abril-junio/2000, nº 34.

Campo Villegas, Elías: *Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Conferencia en el Colegio Notarial de Madrid, 22 de mayo de 2001.

Camy Sánchez-Cañete, Buenaventura: *Reformas jurídicas que imponen los avances científicos y sociales*. 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', año XL, mayo-junio/1964, nos. 432-433.

Cano Tello, Celestino: *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*. 'Cuadernos Civitas'. Madrid, 1984.

Carlier, Jean-Yves: *Autonomie de la volonté et statut personnel*. 'Bruylant', Bruxelles, 1992.

Carpio González, Ignacio: *Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio*, en 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', nº 189, novbre./1996.

Casso, Ignacio de: *Aportación a la sistemática del abuso de derecho*. Discurso de ingreso en la Academia Sevillana de Buenas Letras. Sevilla, 1935.

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*. Reus, Madrid, 1973.

Castán Vázquez, José María: *La reforma de las instituciones tutelares*. Conferencia en el 'Colegio de Registradores de la Propiedad'. Actos conmemorativos del 50 Aniversario. Madrid, 1986, ps. 35 y sigs.

Castán Vázquez, José María: *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*. Bajo la dirección del Profesor Albaladejo. 'EDERSA', Madrid, 1982. Tomo III, Volumen 2.

Castillo Tamarit, Vicente-José: *Tutela – Autotutela – Protección de menores*. 'Revista Jurídica del Notariado', Madrid. Nº 39, jul.-sept./2001.

Castrillo Santos, Juan: *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*. 'Anuario de Derecho civil', II, abril-junio/1949.

Castro y Bravo, Federico de: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*. 'Anuario de Derecho Civil', 1982.

Castro y Bravo, Federico de: *Derecho civil de España. Parte general*. Valladolid, 1942, p. 391.

Castro y Bravo, Federico de: *El negocio jurídico*. 'Civitas', Madrid, 1985.

Castro y Bravo, Federico de: *Incapacidad del imbécil. (Sentencia de 5 de marzo de 1947)*. 'Anuario de Derecho Civil', I,1, enero-marzo/1948, ps. 291 y sigs.

Castro García, Jaime: *Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del Código Civil en materia de tutela*. 'Jornadas de Derecho Procesal'. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 1984.

Castro Lucini, Francisco: *Temas de Derecho de Familia*. (Contestaciones a los Programas de Oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad). 'AGISA', Madrid, 1989.

Clemente de Diego, Felipe: *Evolución histórica de la tutela*, en 'Apuntes de Derecho civil español, común y foral'. 'Editorial Victoriano Suárez', Madrid, 1914.

Código Civil (Reformas 1978-1983). Cortes Generales. 'Trabajos Parlamentarios'. Madrid, 1985, III.

Crehuet del Amo, Diego: *La Tutela Fiduciaria*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 23 de mayo de 1921. 'Editorial Reus', Madrid, 1921.

Crespo Allué, Fernando: *Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho Francés. Ley de 3 de enero de 1968*. 'Revista de Derecho Privado', marzo/1986.

Cuadrado Iglesias, Manuel: *La tercera edad. Planteamientos sociales y jurídicos*. Universidad Rey Juan Carlos. Cursos de Verano, 23 a 27 julio, Ronda 2001

Chico Ortiz, José María: *Publicidad efecto y publicidad noticia*. 'Revista de Derecho Privado'. Madrid, 1994.

Dalmases, Joaquín: *Las lecciones el Profesor Ferrara en la Universidad de Madrid*. 'Revista de Derecho Privado', nº 176. Madrid, 1928.

Dávila Huertas, Emelina: *Autotutela. estudio*. 'Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado'. Nº 227, abril/2000.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.

Diario de Sesiones del Senado.

Díez del Corral Rivas, Jesús: *Comentarios al Código civil, arts. 214, 218 y 219*. Ministerio de Justicia, I, 223.

Díez del Corral Rivas, Jesús: *Legislación práctica sobre el Registro Civil*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1993.

Díez-Picazo, Luis: *El principio de protección integral de los hijos. Tutela de los derechos del menor*.

Díez-Picazo, Luis: *Los llamados contratos forzosos*. 'Anuario de Derecho civil', IX,1, 1956.

Díez-Picazo, Luis: *La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU*. 'Anuario de Derecho civil', IX, 4, Oct.-dic./1956.

Díez-Picazo, Luis: *¿Una nueva doctrina general del contrato?*, en 'Anuario de Derecho civil', XLVI, 4, oct.-dic./1993.

Díez-Picazo, Luis: *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos'. Madrid, 1986.

Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil, IV*. 'Tecnos', Madrid, 1986.

Doral García, José A.: *Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato*. 'Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo'. Vol. VI. Madrid, 1988.

Dualde, Joaquín: *Los imperativos contractuales*. 'Anuario de Derecho civil', II,2, 1949.

Escalonilla Morales, Blanca-María: *Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas*. Escuela Judicial, Consejo Superior del Notariado, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

Escobar de la Riva, Eloy: *La Tutela*. Monografías EDP. Madrid, 1943.

Escritura Pública. Consejo General del Notariado, Madrid.

Espín Cánovas, Diego: *Derecho civil español*. Editorial RDP, Madrid, 1972.

Estrada Alonso, Eduardo: *La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del divorciado*, en 'Actualidad civil', nº 11, 199.

Fernández López, Miguel-Angel: *Derecho Procesal Civil. IV. Los procesos especiales*. En colaboración con Andrés de la Oliva. 'Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.'. Madrid, 1995.

Fernández-Tresguerres García, Ana: *La autotutela*. Ponencia en 'Primeras Jornadas Aequitas'. Fundación del Consejo General del Notariado, Madrid, 23 abril 2002.

Ferrara, Francesco: *Teoría de las Personas Jurídicas*. 'Editorial Reus'. Madrid, 1929.

García Amigo, Manuel, con la colaboración de García Cobaleda, Manuel: *Derecho civil de España, I. Parte General*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997.

García Cantero, Gabriel: *El nuevo régimen jurídico de la tutela*. 'Anales de la Academia Matritense del Notariado'. Tomo XXVI. EDERSA, 1985

García Cantero, Gabriel: *Notas sobre la 'senectud' como estado civil de la persona*, en 'Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo'. Junta de Decanos/Consejo Superior del Notariado. Madrid, 1988.

García Cantero, Gabriel: *Los principios de la nueva normativa de la tutela*. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia', julio/1985.

García García, Lucía: *Marco jurídico de la enfermedad. Incapacitación e internamiento*. Tesis Doctoral. 'Editorial Revista General de Derecho'. Valencia, 2000

García Goyena, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852.

García-Granero Colomer, Ana-Victoria: *La autotutela en el Derecho común español*, en 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', enero 1998.

García-Luben Barthe, Paloma: *El proceso de incapacitación por enfermedad por deficiencia física o psíquica*, Colex, Madrid, 1989.

García Melero, Martín: *La guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil. Derecho Familiar catalán*.

García-Ripoll Montijano, Martín: *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia ('Betreuung') de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*, en 'Actualidad civil', nº 21, 24-30/mayo/1999.

Garrido Melero, Martín: *Perspectivas de la Ley 39/1991, de la tutela e instituciones tutelares*. 'La Notaría', abril/1994.

Garrido Melero, Martín: *La Guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código civil*, en 'Derecho familiar catalán', Colegio Notarial de Granada. Separata nº 23. 1995.

Garrido Melero, Martín: *La reforma de la tutela en Cataluña*. 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', febrero/1995.

Garrido Melero, Martín: *La intervención notarial en la nueva regulación de la patria potestad del padre y la madre, y la tutela*, en 'La Notaría'. Col.legi de Notaris de Barcelona, 1997.

Garrido de Palma, Víctor M.: *Derecho de la Familia*. 'Trivium'. Madrid, 1993.

Gazeta de los Notarios. Madrid.

Gaztambide Gómez, José R.: *El testamento vital y la muerte con dignidad*. 'Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado', nº 166, octubre /1994.

Gil Rodríguez, Jacinto: *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986.

Gómez Oliveros, José María: *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, en 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', 1984.

González Enríquez, Manuel: *Procedimiento para la reintegración a la capacidad de los enfermos mentales. En torno a la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo*. 'Anuario de Derecho Civil', II.3, 1949.

González Poveda, Pedro: *Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela*, en 'La incapacitación'. Bosch, Barcelona, 1999.

González-Trevijano, Pedro: *Constitución y tercera edad*. Universidad Rey Juan Carlos, Cursos de Verano: 'Asistencia y Protección a las Personas Mayores'. Ronda, 23 a 27 julio 2001.

Gordillo, A: *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*. Madrid, 1986.

Guasp, Jaime: *Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Tomo II, Parte especial. 'Instituto de Estudios Políticos', Madrid, 1968.

Gutiérrez Calles, José Luis: *Guarda del enfermo mental*. 'Tapia', Madrid, ene-feb/1998.

Heredia Puente, Mercedes, y Fábrega Ruiz, Cristóbal: *Protección legal de incapaces*. 'Colex', Madrid, 1998.

Hernández Gil, Antonio: *El concepto de Derecho civil*. Madrid, 1943.

Hernández Gil, Antonio: *Derecho de obligaciones*. V,I. Madrid, 1960.

Hualde, José Javier: *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*. 'Tecnos', Madrid, 1986.

Lacruz Berdejo, José Luis: *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral* Tomo I. Parte General y Derechos Reales. Madrid, 1992.

Lacruz Berdejo, José Luis, en colaboración con Sancho Rebullida: *Derecho de Familia*. 'Bosch', 1989.

Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1972.

Leña Fernández, Rafael: *Propuesta de medidas legislativas de discriminación positiva en favor de los discapacitados psíquicos*. 'Escritura Pública', nº 1, enero-febrero 2000, página 16.

Lete del Río, José María: *Derecho de la persona*. Madrid, 1986.

Leyva de Leyva, Juan Antonio: *Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos*. 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', nº 591, 1989.

López Burniol, Juan-José: *El estatuto patrimonial del discapacitado*. Ponencia en las 'Primeras Jornadas Aequitas' Fundación del Consejo General del Notariado. Madrid, 23 abril 2002.

López Jacoiste, José F. Javier: *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*. 'Anuario de Derecho Civil', 1986.

López Núñez, Alvaro: *Los derechos del sordomudo*. Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 26 de abril de 1916.

López Vilas, Ramón: *Algunas consideraciones sobre la protección jurídica de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales*, en 'Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño. Estudios de Derecho Civil'. Editorial Universidad de Salamanca, 1984, ps. 441 y sigs.

Lozano Serralta, Manuel: 'Boletín de Información del Ministerio de Justicia', nº 113, junio/1950.

Lledó Yagüe, Francisco: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 'Dykinson'. Madrid, 2000.

Manresa: *Comentarios al Código civil español*. Reus, Madrid, 1950 y 1972.

Marín López, Antonio: *La autonomía de la voluntad conflictual en cuestiones sucesorias...* 'Boletín del Colegio Notarial de Granada', nº 219, abril/1999.

Martín Gómez, Miguel, y Alonso Tejuca, José L.: *Aproximación judicial al problema de la eutanasia*. 'La Ley', 3/1992, tomo 1992-1993.

Martínez Aguilera, Luis Felipe, y Rodríguez-Camuñas Porras, Luis: *Las diferencias de clases en el Código civil*. Imprenta 'Iberia', Olivar, 45, Madrid, 1921.

Martínez de Aguirre, Carlos: *El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas*. 'Anuario de Derecho Civil'. Tomo XXXVIII, enero-abril/1985.

Martínez García, Manuel-Angel: *Apoderamientos preventivos y autotutela*. En 'La Protección jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones especiales'. Santander, 23-27 agosto 1999. 'Civitas', 2000.

Martínez Ruiz, Antonio: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*. Tomo VI. Imprenta de Antonio Marzo. Madrid, 1924.

Masa Vázquez, Cándido: *Introducción al concepto de retraso mental*. En 'La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho Español'. U.A.M., 1975.

Mezquita del Cacho, José Luis: *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*. Volumen II. Barcelona, 1989.

Montero Aroca, Juan, y otros: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. 'Tirant lo Blanch'. Valencia, 2000.

Moreno Quesada, Bernardo: *Personas mayores e incapacitación*. Universidad Rey Juan Carlos, Cursos de Verano: 'Asistencia y Protección a las Personas Mayores'. Ronda, 24 a 27 julio 2001.

Mozos, José Luis de los: *La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia*. 'Anuario de Derecho civil', IX, 1956.

Mozos, José Luis de los: *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy. La autonomía del Derecho de familia*. Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho civil, Volumen I, 1981.

Mucius Scaevola: Código civil. Tomo XII, Madrid, 1896.

Muñiz Espada, Esther: *Las personas jurídicas privadas tutoras*. J.M. Bosch, S.A., 1994.

Muñiz Espada, Esther: *Iniciativa constituyente de la tutela*. 'Revista de Derecho Privado', enero 1994.

Muñoz Sabaté, Lluís: *La 'vacatio legis' de la Ley 1/2000*. 'Revista General de Legislación y Jurisprudencia'. Barcelona. Año XCIX, nº 2.

Nadal i Oller, Narcís: *La incapacitación*. 'Bosch'. Barcelona, 1999.

Navas Navarro, Susana: *La competencia en materia civil de la Generalidad de Cataluña*. 'Revista de Derecho Privado', octubre/1994.

Nino, Carlos Santiago: *Introducción al Análisis del Derecho*. 'Ariel Derecho' Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1983

Núñez Lagos, Rafael: *Los esquemas conceptuales del instrumento público*. Ponencia al 'II Congreso Internacional del Notariado Latino'. Madrid, 1953.

O'Callaghan Muñoz, Xavier: *Compendio de Derecho civil*. Tomos II y IV. Derecho de Familia. 'Edersa', 1996.

O'Callaghan Muñoz, Xavier: *La declaración de incapacidad*. En 'La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales'. Santander, 23 a 27 agosto 1999. 'Civitas', 2000.

Ogáyar y Ayllón, Tomás: *Las Fuentes del Derecho en el novísimo Título Preliminar del Código Civil*. 'Libro-Homenaje a Ramón-María Roca Sastre'. Volumen I. Madrid, 1976.

Pamblanco Lillo, Esther: *Los testamentos biológicos*. 'Revista de Derecho Privado', noviembre/1988.

Pantaleón, Fernando: *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*. Tecnos, Madrid, 1986. En colaboración con otros autores.

Parra Lucán, M^a de los Angeles: *El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán*. 'Revista Jurídica de Castilla-La Mancha', Toledo, nº 20, abril-agosto/1994.

Pérez de Vargas Muñoz, José: *La autotutela como medio de protección de los mayores*. Universidad Rey Juan Carlos, Cursos de Verano, Ronda, 23 a 27 de julio de 2001.

Pérez-Sauquillo Pérez, Marcos: *Reflexiones sobre la reforma de la tutela llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983*, en 'Revista de Derecho Notarial', nº CXXIII, enero-marzo/1984.

Pérez Vallejo, Ana María: *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*. Tesis doctoral. 'Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado'. Granada, 2000.

Piñar López, Blas: *La tutela: principios y órganos*. 'Revista de Derecho Notarial'. Tomo XV. Nos. LIII-LIV. Julio-Diciembre/1966.

Plaza, Manuel de la: *El régimen procesal de la declaración de incapacidad*. 'Revista de Derecho Privado', año XXX, nº 397, Diciembre 1946.

Prada González, José-María de: *La protección de los incapaces mediante una Fundación*, en 'Revista de Derecho Notarial', Madrid, nº XI.

Prada Guaita, Carlos: *Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial*. 'Anales de la Academia Sevillana del Notariado'. IX, 1995.

Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*. Volumen 2º. 'Editorial Tecnos', Madrid, 1973.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho civil*. Bosch. Barcelona, 1956.

Puig i Ferriol, Lluís, y Roca Trías, Encarna: *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de la persona. Dret de familia. VIII*.

Quintana Redondo, Carmelo: *Las Fuentes del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil*. 'Libro-Homenaje a Ramón-María Roca Sastre'. Volumen I. Madrid, 1976.

Revista Jurídica del Notariado. Consejo General del Notariado. Madrid.

Rivas Martínez, Juan-José: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, en 'Ponencias presentadas por el Notariado español a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana. Tema III', Veracruz, México, 1998.

Rivas Martínez, Juan-José: *La autotutela*. Ponencia en las 'Primeras Jornadas Aequitas', Fundación del Consejo General del Notariado. Madrid, 23 abril 2002.

Roca Trías, Encarna: *Institucions del Dret civil de Catalunya*. 'Tirant lo Blanch', Valencia, 1998.

Roca Guillamón, Juan: *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. Madrid, 1991.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino: *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

Rogel Vide, Carlos: *La tutela del deficiente mental*. En 'La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho Español'. Documentación jurídica', nº 3, VII-IX/1974. U.A.M., 1975

Rogel Vide, Carlos: *La guarda de hecho*. 'Tecnos', Madrid, 1986.

Rogel Vide, Carlos: *Comentarios al Código civil, artº 223*. Ministerio de Justicia.

Romero Candau, Pedro-Antonio: *Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad*. 'Anales de la Academia Sevillana del Notariado', VIII, 1995

Rubio Gerardo, y Lamber, Ruben. A.: *XXII Jornada Notarial argentina*, Rosario, 1991, en 'Revista Notarial', nº 912.

Ruggiero, Roberto de: *Instituzioni di Diritto Civile*. 'Giuffré', Milano.

Ruiz Gallardón, Rafael: *El abuso del derecho en la nueva LAU*. 'Anuario de Derecho civil', IX, 4, 1956.

Salas Murillo, Sofía de: *Aproximación al nuevo Reglamento de Condiciones Generales de la Contratación*. 'Boletín del Colegio de Registradores', nº 41, octubre/1998.

Salvador Coderch, Pablo: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por los Profesores Albaladejo y Díaz Alabart*. Volumen I, 1. 'Edersa', Madrid, 1992..

Sánchez Román, Felipe: *Estudios de Derecho civil*. Tomo I, Volumen 2. 'Sucesores de Rivadeneyra', Madrid, 1912,

Sánchez Torres, Eloy: *Una nueva modalidad tutelar*, en 'Revista Crítica de Derecho Inmobiliario', 1928.

Sancho Gargallo, Ignacio, y Sol Ordís, Teresa: *Incapacitación y tutela conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. 'Tirant lo Blanch'. Valencia, 2000.

Santos Briz, Jaime: *Las fuentes del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil*. 'Libro-Homenaje a Ramón-María Roca Sastre'. Volumen I. Madrid, 1976.

Santos Morón, María José: *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. 'Escuela Libre Editorial', Madrid, 2000.

Sanz Martín, Laura: *La tutela del Código civil y su antecedente histórico, la tutela romana*. Universidad San Pablo CEU. 'Dykinson', Madrid, 1988.

Seoane Rodríguez, Antonio: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*. Varias colaboraciones. 'Fundación Paideia', A Coruña, 1999.

Serrano Alonso, Eduardo: *Comentarios al Código civil*. Coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Bosch, Barcelona, 2000.

Serrano Gómez, Alfonso: *Derecho Penal. Parte especial*. 'Dykinson', Madrid, 1997.

Serrano Molina, Alberto: *La remoción del tutor*. Universidad Pontificia de Comillas, ICAI/ICADE, Madrid, 1999.

Silva Ruiz, Pedro F.: *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*. 'Revista General de Derecho', Valencia, 1993, nos. 592-593.

Solzhenitsyn, Aleksandr: *Reflexiones en la víspera del siglo XXI*. En 'Fin de siglo. El alma del siglo XXI'. 'McGraw-Hill, 1996.

Stanzione, Pascuale, y Zambrano, Virginia: *Attività sanitaria e Responsabilità civile*. Giuffrè Editore, Milano, 1998.

Summer Maine: Henri: *El Derecho antiguo*. Parte especial. Madrid, 1893.

Taiana de Brandi, Nelly A., y Llorens, Luis Rogelio: *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, jul.-ago.-sep/1999.

Taiana de Brandi, Nelly, y Llorens, Luis Rogelio: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. 'Astrea', Buenos Aires, 1996.

Torres Escámez, Salvador: *Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad*. 'Revista Jurídica del Notariado', nº 34, abril-junio/2000.

Toynbee, Arnold B.: *Estudio de la Historia. Volumen I*. 'Emecé Editores', Buenos Aires, 1951.

Uribe Sorribes, Antonio: *Representación*, en 'Comentarios del Código civil'. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

Valdés Valentín-Gamazo, Cristóbal: *Evolución histórica de las instituciones tutelares*. Madrid, 'ICAI', 1984.

Vázquez de Castro, Jesús: *La función de la voluntad en los negocios jurídicos*. RDEA, nº 22, abril-junio/1960.

Vázquez Iruzubieta, Carlos: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*. 'Bosch'. Barcelona, 1999.

Vázquez Iruzubieta, Carlos: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Ley 1/2000*. 'DIJUSA', Madrid, 2000.

Vega Benayas, Carlos de la: *Las Fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*. 'Libro-Homenaje a Ramón-María Roca Sastre'. Volumen I. Madrid, 1976.

Velasco, Alberto de: *Derecho Notarial*. 'Instituto Editorial Reus', Madrid, 1941.

Ventoso Escribano, Alfonso: *La reforma de la tutela*. 'Colex', Madrid, 1985.

Zapatero González, Rafael: *Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983*, en 'Revista de Legislación y Jurisprudencia', julio/1985.

A LA COMISION DE DOCTORADO DE LA UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE DE MADRID.

El trabajo que tengo el honor de elevar a esa Comisión para su aprobación, si procediere, es el resultado de múltiples reflexiones y propuestas a lo largo de una vida dedicada al ejercicio profesional del Derecho.

Pienso que, por regla general, los aspirantes al Grado de Doctor suelen ser jóvenes estudiantes que han coronado brillantemente sus estudios de Licenciatura y los cursos de Doctorado, y se preparan para el ejercicio de una actividad docente universitaria o forense, que van a desarrollar a lo largo de los años siguientes. Muchos de ellos se perfilan como verdaderas promesas de un profesorado universitario, y ofrecen una vocación inequívoca para la enseñanza. Incluso el mismo tema elegido para su Tesis podría ser determinante de una específica llamada al tratamiento del mismo en el futuro. Por eso afirma el Profesor Rodrigo Bercovitz que una buena tesis suele ser el mejor pórtico para una carrera docente universitaria. Es decir: se trata de personas jóvenes, profundamente dominantes de la teoría y abocados a la práctica forense o docente, cuando no a ambas a la vez. Para estos casos, el listón suele ser muy elevado, ya que los autores de tales Tesis aspiran a integrarse en el más alto escalón de la docencia o del foro.

Pero nuestro caso es completamente distinto. Nada de juventud, que ya la hemos dejado hace cincuenta años, cuando aprobábamos las cuatro asignaturas del curso de Doctorado. Entonces no había más 'créditos' que los que estudiábamos en la parte del Derecho civil dedicada a obligaciones y contratos, distintos de los 'derechos reales'. Pues bien; aquellas cuatro asignaturas, entonces suficientes, aprobadas con altas calificaciones hace medio siglo, no proporcionaron más que quince 'créditos', por lo que hubo que completar hasta los treinta y dos exigidos a base de realizar los correspondientes cursos de Doctorado, en el año académico 1998-1999, habiéndolos superado satisfactoriamente. Y ahora, la *Tesis*.

El tema objeto de la misma creo que es apropiado para quien durante más de cuarenta y cinco años ha venido desempeñando, alternativamente, el ejercicio y el oficio de Notario con el de Registrador de la Propiedad, durante los cuales no ha encontrado, como ahora una vez *jubilado*, la oportunidad de haber acometido este trabajo que, al ver llegado el momento de poder realizarlo, lo convierte en *jubiloso*. Pero es que, además, una especial circunstancia le hizo partícipe, como miembro de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, de la II Legislatura, en el desarrollo parlamentario de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre Reforma del Código civil en materia de Tutela. Y uno de los mayores empeños puestos en su tramitación fue el referente a una enmienda que intentaba incorporar a nuestro Código civil la posibilidad de nombramiento del organismo tutelar hecho por el mismo que va a ser tutelado, y, para ello, habilitar un medio distinto del testamento a fin de poder hacer tal designación. Curiosamente, se consiguió esto último pero no el fin principal, el de la incorporación de la *autodelación de la tutela* a nuestro Derecho positivo. Ésta es la razón fundamental del tema base de la *Tesis*, pues ya desde aquellas fechas viene siendo objeto de nuestra preferente atención, y por eso, hace más de quince años que venimos recogiendo datos y trabajando con la intención de que algún día podrían servirnos de arranque para este trabajo sobre *La autodelación de la tutela*, que ahora presentamos.

Si la *Tesis* debe consistir 'en un trabajo original de investigación sobre una materia relacionada con el campo científico, técnico o artístico propio del Programa de Doctorado, realizado por el Doctorando', modestamente creemos que el presente cumple todas esas condiciones, en especial la originalidad y la investigación. Aunque bueno es el propósito, acaso el resultado no logre alcanzar la altura que la cuestión merece. Pero ilusión no ha faltado en el empeño.

Por otra parte, las circunstancias personales, antes expuestas, que concurren en el Doctorando, pueden explicar, que no justificar, las deficiencias de este trabajo. Al no reunir méritos suficientes para poder ser referencia de partida de una carrera docente universitaria, sí creo que vale como punto de llegada de una carrera jurídica eminentemente práctica. Lo que falte de ciencia y conocimientos para la primera, súplalo la experiencia obtenida en la segunda. Y así ruego que sea entendido por esa Comisión.

Estas mismas razones explican, que tampoco justifican, la menguada extensión material del trabajo. Frente a otras tesis redactadas a lo largo de cientos y cientos de páginas, sólo me queda confesar mi incapacidad, mi incompetencia, para tamaños esfuerzos, dignamente loables; pues no soy capaz de superar en mucho las trescientas, aunque tal vez el mismo objeto del trabajo tampoco exigiría mayor extensión si lo hiciera con mayor competencia otra persona, cualquiera que sea, siempre más capacitada que yo.

Aunque nunca debe prevalecer la cantidad sobre la calidad y el buen gusto. En su *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, afirma Joan Corominas que el término 'elegante' procede del latín y significa 'refinado, distinguido, de buen gusto'; algo así como esmerado, noble, honrado, culto, correcto, puro (estilo o escrito); lo que no se encuentra en lo excesivo o superfluo, sino más bien en lo selecto y no muy abundante. Esto hemos oído en la presentación de unos trabajos universitarios. Como también en la presentación y discusión de una Tesis

sobre Derecho Penal, recientemente defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en noviembre del año 2000, un miembro del Tribunal agradeció al doctorando que hubiese sabido resistirse a la tentación de presentar un ‘mamotreto’ (así lo dijo) y, sobre todo, a la excesiva extensión que suele darse a estos trabajos.

Y esta tendencia ‘reductora’ parece que se va imponiendo, como se puede comprobar con otras *Tesis* que hemos tenido ocasión de consultar en diversas circunstancias, y que creo que vale la pena referir brevemente. Ya el 8 de marzo de 1956 se defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad Central una Tesis sobre ‘Problemas Jurídicos derivados de la inseminación artificial de la Mujer’, que con los apéndices, la bibliografía y el índice, no llega a las ciento ochenta páginas. En la misma Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 14 de mayo de 1982, se procedió a exponer una Tesis sobre ‘Los elementos procomunales en la Propiedad Horizontal’, y con una extensión que no pasaba de ciento cincuenta páginas en tamaño menor, obtuvo la calificación de ‘Sobresaliente *cum laude*’. Y un tercer ejemplo, más reciente: ‘El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges’ fue el tema de una Tesis que se defendió el 23 de septiembre de 1998 en la Universidad de Almería, con un trabajo de doscientas setenta páginas, incluidas notas y bibliografía, y que mereció la calificación de ‘Apto *cum laude*’.

Pero creo que la suerte ha venido en mi ayuda, o, por lo menos, eso me parece. El diez de febrero del pasado año dos mil se publica en *ABC* un artículo del Profesor Julián Marías, titulado ‘Libros para no ser leídos’; y en él dice, entre otras cosas, lo siguiente: “... Hay una propensión a editar libros enormes. Esto empezó por las tesis doctorales. A principios de siglo eran folletos extensos, que a veces se publicaban como introducciones a libros afines. A mediados del siglo se convirtieron en libros, si bien breves. Luego empezaron a crecer, se llenaron de citas, casi siempre inútiles, de estadísticas, con una exigencia previa de alcanzar un mínimo de 500 o 600 folios, mejor el millar. Suponen un trabajo de varios

años, suficiente para destruir cualquier vocación intelectual y asegurar que nadie leerá tales tesis, ni siquiera los directamente implicados en ellas“.

Aunque éste no es nuestro caso, y el supuesto pueda resultar algo exagerado, en el fondo parece haber una justificación para la poca extensión de este trabajo, que he procurado compensar con un estudio detenido de los supuestos de hecho que me han llevado a considerar de sumo interés el tema tratado.

Madrid, abril 2002.

LA AUTODELACION DE LA TUTELA

Unas consideraciones preliminares constituyen el punto de partida de nuestro estudio: la necesidad de romper la inmovilidad del Derecho civil positivo, para dar respuesta a la demanda que la cambiante vida social exige.

Se desmenuza la realidad actual estudiando la esperanza de vida, que lleva al envejecimiento de la población y, consecuentemente, a una mayor presencia de los factores de riesgo que suponen las enfermedades emergentes y las reemergentes, los variados agentes externos y otras causas que pueden llevar a situaciones de pérdida o disminución de la capacidad del sujeto de derecho mayor de edad. Hay una breve referencia a la tutela, como medio de suplir esa falta de capacidad; y se dedica un capítulo a la incapacitación, requisito previo a la constitución de la tutela, con especial atención a la incapacitación voluntaria.

Se entra, por fin, en el objeto concreto de la Tesis: la autodelación de la tutela; y se estudian, sucesivamente, los aspectos más importantes de la misma, desde la cuestión terminológica hasta su extinción. Y en capítulo aparte, se resume la legislación catalana vigente, que ya la ha admitido.

En consecuencia, se inserta lo que podría constituir la base de una reforma legal para poder regular la autotutela, mediante escritura pública no testamentaria; así como su conveniencia y su posibilidad, en base al principio de la autonomía de la voluntad.

El trabajo termina con unas conclusiones, y una relación de las fuentes consultadas y la bibliografía más importante y reciente sobre la materia.