
Autonomía de la voluntad y protección pública en el caso de adultos con capacidad de obrar afectada

Autonomy and Legal Protection of Adults Intellectual Disabilities

Verónica SAN JULIÁN PUIG

Universidad de Navarra
vsanjulian@unav.es

RECIBIDO: 06/04/2015 // ACEPTADO: 11/06/2016

Resumen: En la actualidad el envejecimiento progresivo de la población y el desarrollo de las enfermedades neurodegenerativas está planteando nuevos retos al Derecho en cuanto a la protección del fenómeno de la discapacidad intelectual. Retos que no pueden abordarse desde una única perspectiva, sino que requieren de un tratamiento transversal. El presente artículo pretende reflexionar sobre los mecanismos de apoyo y ayuda que se han arbitrado en este ámbito en los últimos años, dando por un lado, mayor relevancia a la autonomía de la voluntad; pero también, por otro lado, mayor cabida a la intervención pública.

Palabras clave: discapacidad; modificación judicial de la capacidad; mecanismos de protección; tutela por persona jurídica.

Abstract: Nowadays, both the demographic shift to an ageing population and the development of neurodegenerative diseases are raising new legal challenges regarding the protection of intellectual disability. These challenges cannot be addressed from a single perspective, but require a cross-cutting approach. This article aspires to reflect on the supportive measures that have been introduced in this subject recently; on the one hand, they give more relevance to the autonomy, but on the other hand, they provide more scope for public intervention.

Keywords: disability; judicial deprivation of legal capacity to act; protective measures; legal guardianship exercised by a legal entity.

I. INTRODUCCIÓN

Ilustraremos el problema que nos ocupa con un caso figurado pero que bien podría darse en la realidad, en su totalidad o en algunos de sus elementos.

Dos hermanas que superan los setenta años de edad, padecen una enfermedad conocida como *Folie à deux*. Se trata de un trastorno psicótico compartido (literalmente «locura compartida por dos»). Lo característico de este trastorno es que un síntoma de psicosis (normalmente una creencia paranoica o delirante) es transmitido de un individuo a otro. En este caso, la hermana mayor que es la enferma (la «dominante» o «primaria») tiene una influencia grave sobre su her-

mana pequeña, la «sana», que sufre sus síntomas (llamada «secundaria» ya que no delira de no interactuar con la primaria). El modo de afrontar esta situación desde el punto de vista médico es tratar a cada una por separado. Ambas llevan años viviendo juntas tras haber enviudado. La dominante no tiene más familia que su hermana pequeña y ésta tiene una hija, si bien hace diez años que no la ve. En un momento dado y debido a la situación, la asistente social que sigue el caso de estas hermanas, promueve la modificación judicial de la capacidad de la hermana mayor, cosa que se lleva a cabo. Se designa para el cargo tutelar a la Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas y además se la ingresa en un centro adecuado a sus necesidades y enfermedad. No obstante, la asistente social tiene dudas sobre los pasos a dar con relación a la hermana menor que no desea ser ingresada en un centro; que, tras el ingreso de la hermana mayor, vive sola; y que, además de esa relación de dependencia con su hermana, sufre algunas patologías no incapacitantes pero que con el tiempo, pueden ir a más.

Este supuesto nos va a permitir reflexionar sobre la transversalidad en la protección del fenómeno de la discapacidad intelectual, en particular en el ámbito de la modificación de la capacidad de obrar y en relación con la institución tutelar. Es decir, se trata de ver cómo el ordenamiento ha ido articulando una serie de mecanismos para dar respuesta a la situación de una persona adulta que, a causa de una enfermedad o deficiencia de carácter persistente, ve afectada su capacidad de obrar¹ (ya sea mermada o anulada, según el grado de desarrollo de la enfermedad), de modo que se encuentra limitada para realizar actos de la vida cotidiana con trascendencia jurídica, es decir que no puede emitir un consentimiento válido que le permita realizar por sí misma actos jurídicos de forma eficaz.

¹ Tras la entrada en vigor de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en 2008, y a la luz de la redacción de su artículo 12, queda entredicho la diferencia clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a esta Convención reclama, en su disposición adicional séptima, la adaptación, en el plazo de un año, de nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en ese artículo 12. Ese plazo ha pasado y la modificación de nuestro Código civil no se ha producido. Es cierto que sí ha habido una reciente modificación en la nomenclatura que pasa a designar al «incapacitado» como «persona con capacidad modificada judicialmente» y al «proceso de incapacitación» como «proceso judicial para modificar la capacidad de una persona». Esta nomenclatura es la empleada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. La adoptaré en este trabajo; pero dado que lo establecido en el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil no se ha modificado, mantendré también la antigua nomenclatura, así como la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, por entenderlas vigentes.

Esta realidad tan presente en nuestros días a causa del envejecimiento progresivo de la población² y al desarrollo, entre otras, de las enfermedades neurodegenerativas, ha llevado a que en los últimos años se hayan arbitrado nuevos mecanismos de apoyo y ayuda, y a que se haya modificado el contenido de otros, dando por un lado, mayor relevancia a la autonomía de la voluntad³, pero también, por otro lado, mayor cabida a la intervención pública en este ámbito.

Todo lo relativo a la capacidad del sujeto afecta a su estado civil y es ámbito en el que está presente el interés público, por lo que su regulación se lleva a cabo por medio de normas imperativas. De ahí que, tradicionalmente en Derecho privado cuando se regula lo que atañe al estado civil, por un lado, se acota la función de la autonomía de la voluntad y, por otro, se refuerza el nivel de protección con medidas como la presencia del Ministerio fiscal⁴, en este caso en el proceso judicial para modificar la capacidad de la persona⁵. Incluso el hecho mismo de que ese proceso sea fruto de una acción

² «En España, según los datos oficiales del Censo de 2011 había 46.815.916 habitantes. De ese conjunto de población, las personas de 65 y más años representaban el 17,3% (8.116.350 personas) frente al 16,6% en el año 2009». «(...) las proyecciones de población apuntan a que, en las próximas décadas, la población de 65 años y más seguirá aumentando. En el año 2050 habrá algo más de 15 millones de mayores, casi el doble que en la actualidad y representarán más de un tercio del total de la población española (36,4%)». *Informe 2012. Las personas mayores en España. Datos Estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas*, IMSERSO, 2014, p. 25.

³ De este modo el ámbito jurídico se hace eco de aquello en lo que en otros ámbitos ya se viene incidiendo desde hace algún tiempo. Así en el ámbito educativo se habla de la «autodeterminación» de las personas con discapacidad no solo como un derecho sino como «un pilar básico sobre el que se sustenta la planificación y aplicación de los servicios y programas destinados a promover su calidad de vida y su participación en la comunidad». F. PERALTA, «La autodeterminación como factor de prevención de la dependencia en las personas con discapacidad intelectual», en MUÑOZ FERNÁNDEZ (coord.), *El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del estado de bienestar*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013, p. 160.

⁴ El art. 749 LEC señala que el Ministerio Fiscal «será siempre parte» en los procesos sobre capacidad de las personas; añadiendo el art. 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que su intervención en los procesos relativos al estado civil será siempre «en defensa de la legalidad y del interés público social». También el art. 4 de la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria señala que: «El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente».

⁵ El proceso de incapacidad está regulado en el capítulo II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 756 a 763 relativos a «los procesos sobre la capacidad de las personas»). La redacción de esos artículos no ha sido modificada a pesar de que el legislador en la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que modifica la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, demandaba al Gobierno la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial para adaptarse a las previsiones de la Convención

de estado que tiene que sustanciarse en un proceso judicial con todas las garantías para la persona de cuya capacidad de obrar se trata, ya nos habla de esa protección.

Siendo esto así y punto de partida insoslayable, cuando nos encontramos ante la modificación de la capacidad de obrar de un adulto, el ordenamiento ha articulado las vías para que la voluntad de estas personas pueda ser tenida en cuenta tanto en lo relacionado con su propio proceso de modificación de capacidad, como para la adopción de otra serie de decisiones patrimoniales y personales que necesariamente habrán sido tomadas antes. De esta forma se procura el máximo respeto a la persona y su voluntad que, como ha quedado dicho, deberá haber sido expresada antes de que concurra la causa invalidante. Por ello que se pueden tomar decisiones antes –y en previsión– de la futura modificación de la capacidad, con lo que se amplía el margen de actuación de la autonomía de la voluntad en este campo, con el consiguiente respeto y puesta en valor de la dignidad de la persona⁶. Pero, al mismo tiempo, el legislador ha establecido como fórmula de cierre, la protección directa de la persona con la capacidad modificada judicialmente a través de la guarda atribuida a los entes públicos.

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En esa misma Disposición final primera ya se sugería que estos procedimientos pasaran a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. A pesar de que similar nomenclatura ha sido adoptada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil no se ha modificado todavía. Ello no obstante, desde que la Ley 1/2009 hiciera esa sugerencia, la referencia a estos procedimientos como «procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» ha sido adoptada por la doctrina especializada. Por todos, *vid.* S. SALAS MURILLO, «La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, SALAS MURILLO (coord.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 27; y A. LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012 (en toda la obra, pero especialmente p. 31).

⁶ Parra Lucán habla del respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que le afectan cuando no tiene plena capacidad y del respeto también de la voluntad expresada por esta persona con anterioridad en caso de discapacidad sobrevenida o de pérdida paulatina de capacidad. M. A. PARRA LUCÁN, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, pp. 99-100. Previamente, la misma autora, pone de relieve la profunda vinculación entre la dignidad de la persona y el poder de decisión sobre los propios asuntos, y cómo en el caso de los menores y de los adultos con dificultades para tomar decisiones por sí solos, se ha de ser muy cuidadoso y garantizar que, incluso cuando esa toma de decisiones es por otros, se tengan en cuenta «los deseos y la voluntad de la persona a la que afectan, como respeto de su dignidad y de su propia consideración como persona». PARRA LUCÁN, *La voluntad y el interés...*, *op. cit.*, p. 27.

La intención de este trabajo es poner de relieve y analizar esta realidad, señalándose esas herramientas de que dispone el adulto en previsión de su futura modificación de la capacidad de obrar, pero centrándose fundamentalmente en el momento de la modificación de la capacidad y, en concreto, en la designación de quien habrá de hacerse cargo de la guarda de su persona una vez producida la modificación judicial. Sabiendo que esta función la puede desempeñar tanto una persona física (y así ha sido habitualmente hasta hace unos años), como una persona jurídica. Y, dentro de estas, ya sea una persona jurídica de naturaleza privada como de naturaleza pública.

II. MANIFESTACIONES DE UN CONSENTIMIENTO PROSPECTIVO

Nuestro ordenamiento jurídico parte de la presunción de capacidad para todos los actos de la vida civil de toda persona mayor de edad (art. 322 CC). De ahí que la incapacidad tenga que ser alegada y probada en un proceso judicial habilitado al efecto, según las causas previstas por el propio ordenamiento; y tenga que ser establecida por el juez en sentencia judicial con la que se pone fin a ese proceso. Solo así se puede limitar la capacidad de obrar de una persona adulta adaptándola a su realidad. Por eso la limitación no es uniforme sino graduable en función del grado de afectación de las capacidades de discernimiento y autogobierno del sujeto⁷. Ningún adulto puede ser considerado ni tratado en nuestro ordenamiento como incapaz sin haber pasado por este proceso judicial (art. 199 CC), proceso que, no debemos olvidar, busca proteger al incapacitado en su persona y patrimonio.

Esto no quiere decir que no existan personas que tengan su capacidad de obrar afectada de hecho, que las hay, pero al no haber pasado por un proceso judicial de modificación de la capacidad, se sigue presumiendo su capacidad de obrar (oficialmente son capaces), debiendo impugnarse acto por acto, toda actuación que hayan llevado a cabo en su propio detrimento, alegando su fal-

⁷ Siempre ha sido así, pero tras la Convención de Naciones Unidas de 2006 se viene recalcando especialmente este aspecto. Así, la STS de 29 de abril de 2009 señala como a la luz de la Convención de Naciones Unidas: «(Y)a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta». También la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, insiste en la necesidad de adecuar las medidas que se tomen a la situación real del incapacitado.

ta de consentimiento válido para realizarlos. Son los «incapaces naturales» o «de hecho». Este tipo de personas si se encuentran arropadas por un entorno familiar que se ocupa de ellas y no tienen un gran patrimonio, suelen permanecer sin que su capacidad sea modificada judicialmente el resto de su vida, siendo su familia quien se ocupa de todo lo necesario y quien, en la práctica, actúa por ellas. Constituyendo ellos también los «guardadores de hecho».

Esta es la forma como está articulada la incapacitación de una persona en nuestro Código civil y básicamente sigue siendo así tras la promulgación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006⁸. Es cierto que algunas modificaciones terminológicas se han introducido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria⁹, pero no han supuesto la modificación de esta materia, ni el cambio de regulación contenida en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰.

Como señalábamos en la introducción, en la regulación de esta materia se aprecia cómo siendo una cuestión tan propiamente civil, de Derecho privado, intervienen elementos de carácter protector al tratarse también de una materia de interés general que atañe al orden público. Esta protección, articulada primeramente a través de la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de modificación de la capacidad de la persona, atañe tanto a la persona que se encuentra afectada por una enfermedad o deficiencia física o psíquica que le impide el autogobierno, a efectos de preservar sus derechos ya que la enfermedad le coloca en una situación de vulnerabilidad e inferioridad de condiciones para desenvolverse en la sociedad; pero también atañe a quien pudiera verse

⁸ Para un estudio de las necesidades que viene a cubrir esta Convención y los pasos necesarios a dar para su eficacia, véase: A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, «La eficacia de las Convenciones sobre Derechos Humanos de grupos específicos. El caso de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad», en ID., *El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del estado de bienestar*, Tirant Humanidades, Valencia, 2013, pp. 93 y ss.

⁹ En el apartado III de su Preámbulo, la Ley de Jurisdicción Voluntaria señala que: «También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente». En concreto, a lo largo del texto de la ley se sustituye el término «incapacitado» por «persona con capacidad modificada judicialmente» y «proceso de incapacitación» por «proceso judicial para modificar la capacidad de una persona».

¹⁰ Para esa posible modificación de ambos textos legales sería interesante tener en cuenta las reflexiones, propuestas y sugerencias que sobre esta materia lleva a cabo C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE en su obra *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

envuelto en este tipo de proceso sin reunir los requisitos para ello, para así evitar que se le apliquen medidas que no le corresponden.

Además, el art. 49 CE insta a los poderes públicos a realizar «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» que tienen todos los ciudadanos. Es decir, que estamos en una materia en la que si bien tradicionalmente el núcleo familiar ha sido el principal actor de la protección, cuidado y ejercicio de funciones básicas en relación a la persona discapacitada y/o incapacitada¹¹, también tradicionalmente es una materia que no ha sido ajena a los poderes públicos por cuanto se trata de proteger a un sujeto que por su situación puede ser objeto de abusos. No obstante, el papel de los poderes públicos se ha ido modificando con los años y ganando en importancia. De ahí que entendamos que, en este ámbito, la distinción entre lo público y lo privado no tiene sentido en sí misma, ya que el objetivo es la mejor atención y amparo de quien se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad. Y, para la consecución de este objetivo, se han de emplear las herramientas más adecuadas, con independencia de su naturaleza.

Los datos de presente y las estimaciones de futuro sobre el envejecimiento de la población y el desarrollo de enfermedades incapacitantes, hace que la afectación de la capacidad de obrar en adultos sea una realidad que se impone en nuestra sociedad. Esta realidad no ha pasado desapercibida para nuestro legislador que ha operado aprovechando las posibilidades que le brindan los mecanismos propios del derecho privado y del derecho público para abordar esta problemática. En este epígrafe nos centraremos básicamente en las herramientas que se han articulado tomando como referencia el consentimiento del interesado, para luego, en el epígrafe siguiente, hacer referencia a la irrupción de los entes públicos fundamentalmente en el ámbito de la tutela.

2.1. *Herramientas que giran en torno al consentimiento prospectivo*

El año 2003 fue el año europeo de las personas con discapacidad y en torno a esa fecha hubo una proliferación de medidas a su favor. En concreto

¹¹ Sobre la diferencia entre discapacidad e incapacidad, *vid.*: I. SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 44-54.

nos vamos a detener en tres herramientas nuevas con las que el ordenamiento jurídico dota, en concreto, a las personas mayores de edad con capacidad de obrar actual, en previsión de su futura y previsible incapacitación (ya sea legal o de hecho). Lo cual, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (ley con la que se introducen dos de los tres mecanismos que vamos a ver) es «especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas»¹².

Esas tres herramientas son: la autotutela; los poderes preventivos; y la posibilidad de hacer unas instrucciones previas en las que se nombre un «representante del paciente». Las dos primeras son las que han sido introducidas por la modificación de sendos artículos del Código Civil operada por la mencionada Ley de 2003 (modificación de los arts. 223 y 1732 CC respectivamente); y la tercera fue introducida un año antes, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Con estas herramientas la persona se anticipa a su enfermedad, y al deterioro y posible pérdida de capacidad de obrar que ésta le va a suponer, tomado de antemano decisiones que atañen a su propia persona, patrimonio o salud cuando todavía está en plenitud de facultades. Estas decisiones tomadas en tiempo anterior, se ejecutarán en ese ulterior momento en que la persona ya no podrá decidir por sí misma.

La *autotutela* permite al afectado designar a la persona que él desea que ejercite el cargo tutelar tras la modificación judicial de su capacidad. Así lo ha recogido la nueva redacción del art. 223.2 CC: «cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». Tal designación deberá llevarse a cabo en documento público notarial, pudiendo ser este una escritura pública o un testamento¹³. De este modo, el interesado a la luz de su futura incapacitación puede adelantarse y nombrar a su tutor (e incluso al sustituto de éste); así como los órganos de fiscalización de la tutela; y también, si así lo desea, dar instrucciones sobre cómo quiere que sea ejer-

¹² Apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

¹³ Si bien la forma testamentaria es posible dando cuenta al Registro civil, señala Serrano García que, para mayor seguridad, debería hacerse exclusivamente en escritura pública. SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial...*, op. cit., p. 200, nota 185.

cida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes¹⁴. Esta designación hecha por el autotutelado ha de ser tenida en cuenta por el Juez, si bien éste podrá designar a una persona distinta, en resolución motivada, si el beneficio del interesado así lo exigiera, de acuerdo con los artículos 224 y 234 CC.

Los *poderes preventivos* constituyen otra forma de afrontar futuras situaciones de incapacidad, y están teniendo mucha aceptación en países de distinta tradición jurídica¹⁵. La Ley 41/2003 ha añadido un nuevo párrafo al artículo 1732 CC que permite diferenciar dos supuestos¹⁶: a) el apoderamiento continuado: en que el poderdante ha previsto expresamente que el poder se mantenga aún en el supuesto de perder la capacidad con posterioridad; y b) el apoderamiento *ad cautelam* que se otorga exclusivamente para el caso de perder dicha capacidad, es decir, que su eficacia está en suspenso hasta que se produce la efectiva situación de incapacidad. Como se puede comprender, es necesario, por un lado, que el poderdante tenga capacidad en el momento de otorgar el poder para todos aquellos actos que pretende apoderar al tercero; y, por otro, que nombre apoderado a una persona con capacidad para ello. Desde el punto de vista práctico, y dada la especial naturaleza del poder, el poderdante deberá ser cuidadoso en la elección ya que no va a poder hacer un seguimiento personal del cumplimiento de sus instrucciones.

El contenido del poder puede ser lo que se conoce clásicamente como poder especial o general, pero puede incluso tener un contenido adaptado al supuesto en que se está pensando, es decir, que puede ser un poder en el que se autorice, por ejemplo, para decidir el destino de los bienes, el internamiento o no en una residencia geriátrica o de salud mental cuando las circunstancias lo aconsejen, etc.¹⁷. En todo caso, deberá dejarse constancia de la existencia de tal

¹⁴ J. M. SEGURA ZURBANO, «La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 20 (2005), p. 78.

¹⁵ Regulan este tipo de poderes países como EEUU y Alemania, de ahí que llame la atención que nuestro «legislador no se haya fijado en ninguno de estos modelos». (A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, «Los poderes preventivos o de protección en el Código Civil español», en ID. (coord.), *Nuevas herramientas de protección jurídico-privada de las personas dependientes. Un estudio comparado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 65).

¹⁶ A. J. JIMÉNEZ CLAR, «La autotutela y los apoderamientos preventivos», en RUEDA PÉREZ (coord.), *Jornadas sobre la nueva Ley de protección patrimonial de discapacitados*, 2005, pp. 129, 148 y 151-152.

¹⁷ A. I. BERROCAL LANZAROT, «El “apoderamiento o mandato preventivo” como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad», en LASARTE ÁLVAREZ (coord.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 209. No obstante, también es cierto

poder en el Registro Civil. Lo peculiar de este poder es que no se extingue con la modificación judicial de la capacidad, sino que subsiste. Solo en los casos en los que, habiendo tutor, éste considere conveniente o necesaria la revocación o extinción del poder, se puede proceder en ese sentido. Lo cual supone también un instrumento para evitar situaciones de indefensión y abuso en caso de que el apoderado realice su función de forma desleal, ya que por definición el poderdante, como se ha dicho, no podrá revocar el poder. En todo caso, el poder se puede extinguir si concurre cualquiera de las causas del artículo 1732 CC y, en particular, la revocación por parte del poderdante mientras conserva la capacidad.

Las instrucciones previas y el representante del paciente. El art. 11 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, introduce la posibilidad de que toda persona mayor de edad, capaz y libre pueda redactar un documento de instrucciones previas en el que manifieste por anticipado su voluntad –para que se cumpla cuando llegue el momento en que ya no sea capaz de expresarla válidamente– sobre los cuidados y tratamientos de su salud a los que desea –o no– ser sometido; el destino de su cuerpo o de sus órganos, una vez fallecido; además de poder designar en ese mismo documento un representante para que, llegado el momento, sirva de interlocutor con el médico o equipo sanitario que le trate, para procurar el cumplimiento de su voluntad, convirtiéndose de este modo y desde ese momento, en la persona a la que se ha de informar y de quien ha de ser recabado el consentimiento para las actuaciones médicas sobre ese paciente. Este representante del paciente funcionaría como un representante voluntario y directo del paciente, al que se le aplicarían las reglas de la representación voluntaria previstas en nuestro ordenamiento, pero con algunos índices de corrección en lo que respecta a la fase de ejecución y despliegue de su función, por la especial materia a la que esta figura hace referencia¹⁸.

En definitiva, lo que hace el legislador con estas tres herramientas es apostar por la autonomía de la voluntad, es decir, por que sea el propio interesado quien gestione lo que atañe a su esfera más personal en la medida en

que hay autores que entienden que para cuestiones de índole personal han de utilizarse otros instrumentos más específicos. Es el caso de C. AMUNATEGUI RODRIGUEZ, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 262-263; o de E. ARROYO AMAYUELAS, «Del mandato ‘ordinario’ al mandato ‘de protección’», *Revista Jurídica del Notariado*, n° 49 (2004), p. 45.

¹⁸ V. SAN JULIÁN PUIG, «Naturaleza jurídica del representante médico del paciente», *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, vol. 8 (2007), pp. 189 y ss.

que ello sea posible. En esta ocasión la forma de facilitar esa gestión y toma de decisiones personal, se logra jugando con el tiempo, es decir, anticipando la toma de decisiones, dando un consentimiento válido de forma anticipada, a un acto que ha de ejecutarse y desplegar sus efectos más adelante, en un momento posterior.

Sin duda, las dos hermanas del caso, contaban con estas opciones a su favor. El problema es que este tipo de herramientas no gozan de una publicidad suficiente todavía en nuestra sociedad y habrá que esperar un tiempo hasta ver si realmente son de utilidad para las necesidades concretas de este colectivo.

2.2. *La modificación de la capacidad de obrar como vía de protección*

Por otro lado, junto a estas herramientas a utilizar *ex ante*, nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de promover un proceso judicial para modificar la capacidad del interesado con el que se modifica legalmente –y dejando constancia registral– su capacidad de obrar, adecuándola a su capacidad real actual fruto de los efectos de la enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que adolece.

La hermana enferma del caso ya ha visto modificada judicialmente su capacidad y ha sido sometida a tutela, de modo que entendemos que su discernimiento y capacidad de autogobierno estaban muy afectados y por ello el juez ha optado por un grado de alto de modificación de la capacidad y la ha sometido a la institución de guarda de la tutela, es decir que está necesitada de alguien que la represente (art. 267 CC). En este caso además dadas las circunstancias, se opta por que el cargo tutelar lo ejerza una persona jurídico-pública, cuestión esta que abordaremos más adelante. En cuanto a la otra hermana, la sana, al no haber promovido con relación a ella proceso alguno de modificación de la capacidad, se le presume capacidad de obrar para tomar decisiones en todos los ámbitos de la vida en que se mueve y le atañen, ya sean personales o patrimoniales. No obstante, si la trabajadora social de cuya presencia se nos habla en el caso, detectara que hay una degeneración en sus facultades cognitivas fruto de la enfermedad o de las deficiencias psíquicas que se nos indica que tiene (si son persistentes –art. 200 CC–) que le impidan autogobernarse, es decir que le imposibiliten para decidir y actuar libremente en su ámbito de funcionamiento, habrá de instarse también para esta hermana un proceso para la modificación judicial de su capacidad de obrar.

Según la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen legitimación para hacerlo (art. 757 LEC): el propio interesado¹⁹, es decir el propio sujeto al conocer y ser consciente de su situación y su previsible deterioro degenerativo; la familia más cercana («el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz»); y, por último, el Ministerio fiscal si los anteriores no existieran o no la hubieran solicitado, cuando tenga conocimiento –por sí mismo o por medio de otros– de los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. En concreto, el número 3 del artículo 757 LEC destaca que las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conozcan la existencia de una posible causa de incapacitación, tienen el deber de ponerla en conocimiento del Ministerio fiscal. En el caso que venimos tratando, para la hermana enferma se nos dice que inició el trámite la trabajadora social que las asistía. La hermana enferma el único pariente cercano con el que contaba con legitimación activa para iniciar el proceso era su hermana pequeña, pero fruto de la peculiar enfermedad de que adolecía que tenía repercusiones en su propia hermana, era muy difícil ésta, sana pero bajo su influencia, pudiera tomar esta iniciativa. Así pues, tuvo que ser la trabajadora social quien pusiera en conocimiento del Ministerio fiscal la situación para, de este modo, dar inicio al proceso de modificación de su capacidad. Con relación a la hermana sana, lo cierto es que además de su hermana mayor, tiene una hija. Pero es una hija de la que se nos dice que hace diez años que no ve a su madre y que, deducimos, no se ocupa de ella. Así pues, tendrá que ser de nuevo la trabajadora social que continúa atendiendo a esta hermana, la que si detecta que la situación se deteriora y agrava, ponga en conocimiento de la hija esta situación para que ella tome las decisiones oportunas o, en caso de no tener acceso a la hija o ante la inactividad de ésta, inicie el proceso judicial para la modificación de la capacidad de esta otra hermana.

Si se instase este proceso para la hermana pequeña, al igual que ya ocurrió con la mayor, el juez con los medios probatorios de que dispone será quien valore y gradúe hasta qué punto tiene afectada su capacidad de obrar y quien establezca en su sentencia una modificación de la capacidad adecuada a su situación, así como la institución de guarda a la que debe quedar suje-

¹⁹ Novedad también introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

ta: tutela o curatela. Además, también en la sentencia señalará los actos que puede realizar por sí misma y aquellos para los que necesita que su capacidad sea complementada o sustituida. Su grado de discernimiento y autogobierno determinará el modo y extensión de la modificación de su capacidad. De haberse pedido, la misma sentencia señalará también la persona concreta –física o jurídica– que va a ejercer esta función.

III. EJERCICIO DE LA GUARDA DE LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

Una vez que se insta el proceso de modificación de la capacidad, dentro de él y como una de sus consecuencias, está el establecimiento de la institución de guarda adecuada a la situación de la persona, fijada en sentencia. Es en este punto en particular en el que nos vamos a detener un poco más ya que, dentro de los criterios establecidos en el Código Civil para la elección del tutor o curador, se abre la puerta a que estas funciones, además de por personas físicas, puedan ser ejercidas por personas jurídicas ya sean de naturaleza privada o pública. Resulta de interés detenerse en los arts. 234, 239, bis y 242 CC donde se establece una serie de criterios en esta materia que recogen un amplio abanico de opciones que incluyen desde el respeto a la voluntad de la persona que se encuentra en estos momentos sometida al proceso de modificación de la capacidad –voluntad expresada con carácter previo, como se ha visto (posibilidad de «autotutela»–), hasta su protección con el establecimiento de la tutela por persona jurídica pública como cláusula de cierre del sistema. De modo que podemos decir que este punto es un ejemplo paradigmático de cómo lo público y lo privado pueden confluir, en este caso, al servicio de la protección de la persona vulnerable por tener su capacidad de obrar afectada.

3.1. *Delación de la tutela (art. 234 CC): personas físicas*

El art. 231 CC señala que «el juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años». Y el art. 234 CC establece una relación de personas susceptibles de ser designadas tutores de la persona de cuya modificación de la capacidad se trate, por orden de preferencia. Esa relación está establecida en orden jerárquico, tomando como criterio la proximidad familiar y de confianza, por

tanto, la cercanía afectiva y relacional. Esta prelación ha de ser tenida en cuenta por el juez a la hora de nombrar a la persona concreta que ha de ejercer la tutela, lo cual no impide que el juez, en cada caso concreto, haya de valorar su idoneidad para ejercer esta función y, siempre teniendo en cuenta el beneficio de la persona de cuya modificación de la capacidad se trate, pueda alterar ese orden o prescindir de las personas ahí señaladas. Evidentemente, cuando esto acontece, la decisión será motivada, pudiendo basarse la falta de idoneidad en criterios de tipo personal, económico y/o circunstancial.

En la prelación que establece el art. 234 CC no aparecen mencionadas las personas jurídicas (ni públicas, ni privadas), sino solo personas físicas con vínculos familiares o de cercanía con el interesado: el designado por el propio tutelado (autotutela); el cónyuge que conviva con el tutelado; los padres; la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad; y el descendiente, ascendiente o hermano. Así pues, sabiendo que la referencia a la autotutela y la designación por parte de los padres son añadidos posteriores, parece que hay una opción básica del legislador por preferir para el ejercicio de la función tutelar el contacto con la unidad familiar antes que la profesionalidad que ofrece o puede ofrecer una persona jurídica²⁰.

Así pues, la primera referencia que ha de tener en cuenta el juez a la hora de designar tutor es si el interesado ha previsto esta incidencia y ha designado con carácter previo a alguien de su confianza para tal cargo. Es lo que ya hemos visto que se conoce con el nombre de «autotutela», posibilidad introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Como ya ha quedado señalado también, el hecho de incluir esta posibilidad, pone de manifiesto la voluntad del legislador de priorizar la autonomía de la voluntad de las personas adultas y con plenitud de capacidad que, en previsión de su futura modificación de la capacidad, pueden decidir por sí mismas quién es de su confianza para hacerse cargo en un futuro de las funciones propias que conlleva la tutela. Nadie mejor que el interesado para saber y decidir quién quiere que se ocupe de cuestiones tan delicadas para él como su propia persona y bienes. De este modo el ordenamiento expresa su máximo respeto hacia la persona y su voluntad de potenciar el ejercicio de la autonomía de la voluntad también en estas situaciones.

²⁰ A. LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública y las fundaciones tutelares ante la inexistencia de persona física tutora. Especial referencia a la protección de los mayores», en PÉREZ ÁLVAREZ *et al.*, *Protección Jurídica de la Persona, Tolerancia y Libertad*, Civitas, 2010, p. 61.

3.2. Incorporación de las personas jurídicas al ejercicio de la tutela/curatela

Siendo pues la opción prioritaria del legislador el preferir a las personas físicas y cuanto más cercanas al interesado mejor, ¿en qué momento entra en juego la posibilidad de ejercicio de estas funciones de guarda por parte de las personas jurídicas, en general, y de las jurídico-públicas, en particular? En la redacción originaria de esta materia en el Código civil no se contemplaba tal posibilidad. La primera referencia aparece con la reforma operada en 1983 en materia de tutela, con la introducción del art. 242 CC en el que se dice: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». De este modo se abre la puerta al ejercicio de la tutela por parte de las personas jurídicas que cumplan ese doble requisito: no tener finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados²¹. Como consecuencia de este cambio de regulación se empezaron a crear expresamente asociaciones que respondieran a este perfil (la primera en crearse tras la reforma de 1983 fue la asociación guipuzcoana a favor de las personas con deficiencia mental)²²; y los jueces empezaron a acudir de forma subsidiaria a asociaciones que cumplían esos requisitos y que ya funcionaban antes de la reforma y a las nuevas que se iban creando *ex profeso*, para atribuirles la función tutelar cuando no existían personas físicas para el ejercicio del cargo o, habiéndolas, no lo podían ejercer. Así pues, las personas jurídicas empiezan siendo una alternativa para el ejercicio del cargo tutelar, en defecto de personas físicas.

Veinte años después, con la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se introduce el apartado 3º al artículo 239 CC (actual art. 239, bis²³), en el que se recoge de forma expresa el ejercicio del cargo tutelar por «entidad pública». La redacción originaria, decía así: «La entidad pública a la que, en el respecti-

²¹ Un estudio detallado de estos dos requisitos puede encontrarse en: E. MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 78-83; y L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas jurídicas tutoras*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 22-34.

²² Esta asociación nace con el objeto de ejercer la tutela en el ámbito de Guipúzcoa de personas con deficiencia mental que no dispongan de familiares o amigos que puedan hacerse cargo de esta responsabilidad. *Vid.* LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, p. 67, nota 114.

²³ Este cambio en la numeración y modificación en el contenido del artículo para adaptarlo a la nomenclatura actual, es fruto de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (apartado veintisiete del artículo segundo).

vo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo...»²⁴. La redacción actual, fruto de la modificación operada en 2015 dice así: «La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234. Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad. Se considera como situación de desamparo...». Es decir, que el recurso a la persona jurídico-pública para el ejercicio del cargo tutelar continúa siendo subsidiaria, entra en juego en defecto de las personas nombradas en el artículo 234 CC o, habiéndose nombrado el cargo tutelar según ese artículo, se produce una situación de desamparo. Llegado ese caso, la entidad pública asumirá la tutela de esa persona «por ministerio de la ley».

Es de reseñar que este art. 239, bis CC recoge dos supuestos distintos: por un lado, que en el momento de producirse la modificación judicial de la capacidad del sujeto y nombramiento de tutor, no exista o no sea idónea ninguna de las personas previstas en el art. 234 CC, de modo que en ese caso, el juez ha de acudir *ope legis* a la persona jurídico-pública que tenga encomendada esa función en el territorio en el que se encuentra; y, por otro, el caso en el que la persona con capacidad modificada judicialmente esté en situación de desamparo²⁵, en cuyo caso, la persona jurídica *ope legis* viene a realizar las funciones propias de la tutela sobre una persona que se ha visto «privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor» (art. 239, bis, apartado 3º CC)²⁶. Es el primero de estos supuestos el que nos interesa y al que vamos a hacer referencia.

²⁴ Para un estudio en detalle de este artículo, *vid.*: LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss. A pesar de la modificación operada en 2015, la esencia del artículo sigue siendo la misma, de modo que este trabajo continúa plenamente vigente.

²⁵ Analizan con detalle el significado de la expresión «desamparo» según la anterior redacción del art. 239.3º CC: SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 514-516; y LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

²⁶ Legerén Molina señala que en estos casos, la entidad pública lo que ejerce es una función transitoria de protección. LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

a) *Tipología*

El ejercicio de las funciones propias de la tutela por parte de las personas jurídicas puede ser llevado a cabo tanto por las personas jurídicas de naturaleza privada como por las de naturaleza pública. Dentro de las distintas tipologías de personas jurídicas, por un lado, están las asociaciones que, como ha quedado dicho, fue la primera fórmula a la que los particulares acudieron en cuanto la ley dio el pistoletazo de salida para que las personas jurídicas pudieran ejercer estas funciones. No obstante, las dificultades de financiación que este tipo de personas jurídicas tienen para hacer frente a las funciones que han que ejercer como tutoras, hace que actualmente esta opción sea la menos empleada. Por otro lado, se encuentran las fundaciones que es un modelo que encaja mejor con las funciones que se han de desempeñar en el ejercicio de este cargo y de hecho es la fórmula más empleada en nuestros tiempos. Es por ello que en la actualidad lo habitual es encontrar coexistiendo en cada Comunidad Autónoma fundaciones de naturaleza pública y de naturaleza privada²⁷, e incluso también alguna de naturaleza mixta²⁸.

Como ha quedado dicho, fue la Ley 41/2003 la que introdujo en el apartado 3º del artículo 239 la posibilidad de que los entes públicos, es decir, entidades de la Administración pública, pudieran ser tutores de una persona con la capacidad modificada (y la reforma de 2015 lo mantiene). Pero aun antes de que se promulgara esa ley era posible nombrar a una persona jurídico-pública para el ejercicio del cargo tutelar. Así consta en la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado sobre la asunción de la tutela por este tipo de personas, tras la atribución de la tutela a un Ayuntamiento de Baleares. En el escrito de esa consulta a la hora de señalar qué entidades públicas pueden –y cuáles no– asumir y ejercer las funciones tutelares se indica que el requisito establecido en el art. 242 CC de que «en sus fines figure la protección de menores e incapacitados» ha de ser interpretado de forma amplia de modo que lo cumple quien tenga atribuidas funciones asistenciales o quien tenga competencia en materia asistencial. De modo que tanto las CCAAs, como los Ayuntamientos

²⁷ En Navarra, por ejemplo, conviven la Fundación Tutelar Navarra, creada en 1988, de carácter privado; y la Fundación Navarra para la tutela de las personas adultas, creada por Decreto Foral 269/2001, de 24 de septiembre (por tanto, de naturaleza pública).

²⁸ Se trata de fundaciones tutelares en las que se articula una colaboración privada en la gestión del recurso público. Es el caso, por ejemplo, de la Comisión de tutela de Castilla-La Mancha y de la Comisión de asesoramiento y supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro de Cataluña. LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, p. 77.

y Diputaciones provinciales pueden, ya que las primeras tienen según la Constitución competencias en asistencia social (art. 148,1,20 CE) y, los segundos, tienen también entre sus competencias la prestación de servicios sociales (Ley de Bases del Régimen Local de 1985), siendo pues posibles tutores dentro de su ámbito territorial. Cuando, en virtud de esta fundamentación, estas entidades asumían la tutela, debían determinar el órgano administrativo concreto que la iba a ejercitar²⁹. A pesar de que esta posibilidad sigue abierta, en la actualidad como ha quedado dicho, el mecanismo empleado por las Administraciones públicas para llevar a cabo esta función es la creación de fundaciones de naturaleza pública o mixta.

Para cerrar esta tipología no podemos dejar de mencionar que, si bien en la actualidad no se da, en los inicios también los entes eclesiásticos en alguna ocasión fueron designados para ejercer esta función tutelar³⁰.

b) *Tutela atribuida a los entes públicos*

Así pues, tras la aparición del inciso tercero del art. 239 CC en 2003, la Administración ha procedido a acudir de forma generalizada a la creación de fundaciones públicas –o mixtas– para la asunción de las tutelas cuando sea preciso. En un primer momento las entidades públicas que ejercían estas funciones se articulaban como organismos dependientes de la Administración pública –de naturaleza pública y carácter administrativo–, pero con el tiempo, para lograr un funcionamiento más ágil (a la hora de pedir autorizaciones de venta, rendición de cuentas, etc.) se fueron desgajando de esa dependencia orgánica, convirtiéndose en entes de Derecho público sometidos al Derecho privado. Llegando a la situación actual en la que la mayoría son fundaciones de iniciativa pública y personalidad jurídica propia, es decir, no forman parte del organigrama administrativo de las CCAAs, y se rigen por las reglas del Derecho privado (que garantizan una mayor agilidad y flexibilidad a su gestión), si bien su financiación es con cargo a los presupuestos de la CCAA en

²⁹ LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, p. 69.

³⁰ Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca 34/2000, de 24 de marzo (AC 2000/1369) reconoce como tutor al Instituto de Misioneras Seculares de Salamanca. Blanco Pérez Rubio señala que en estos casos se pueden dar dos supuestos: que sean entes que tengan reconocida genéricamente la finalidad requerida en el art. 242 CC; o que sean entes que no tengan tal finalidad pero a los que se les atribuye particularmente este carácter y función por parte de la Administración del Estado. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

cuyo ámbito territorial operan y están sujetas a los controles públicos (para las cuestiones económicas, de contratación, etc.)³¹.

Es decir, que la Administración pública se ha visto en la necesidad de acudir a la creación de personas jurídicas de Derecho privado –fundaciones– con la finalidad de conseguir a través de ellas un mejor desarrollo y ejercicio de sus funciones y políticas sociales. Sin embargo, las fundaciones así constituidas no se convierten en personas jurídicas de Derecho público sino que son personas privadas de «interés público» (según terminología del Código civil) o personas privadas de «interés general» (según terminología empleada por la Constitución y la Ley de Fundaciones).

En definitiva, bien sea porque el propio interesado lo ha previsto así (autotutela, art. 223.2 CC); o porque, llegado el caso, no existan o no sean idóneas las personas mencionadas en el art. 234 CC para el ejercicio de este cargo, el juez podrá –en el primer caso– y deberá –en el segundo– designar una persona jurídica que cumpla con los requisitos del art. 242 CC como tutora del incapacitado. El simple nombramiento no habilita a la persona jurídica para el ejercicio del cargo, sino que habrá de procederse a la toma de posesión por parte del órgano de la persona jurídica designado en los estatutos al efecto³².

Este tipo de personas jurídicas –fundaciones en la mayor parte de los casos– se encargan de asumir la tutela o curatela del interesado; pero, además, entre sus funciones están las de facilitar la integración de la persona con capacidad modificada judicialmente en la vida social, así como sensibilizar e informar a la sociedad sobre esta realidad³³. En lo que se refiere a la primera vertiente de su cometido, el ejercicio de la tutela por las fundaciones tutelares alcanza, como ocurre con las tutelas ejercidas por las personas físicas, a dos ámbitos diferenciados: el personal y el patrimonial³⁴. Sabiendo que, en todo

³¹ LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, pp. 74-76.

³² BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas...*, *op. cit.*, p. 98.

³³ Así lo suelen recoger los Estatutos de las fundaciones tutelares públicas. Por ejemplo, en el caso de Navarra, el art. 5 del Decreto Foral de 2001 por el que se crea la Fundación Navarra para la tutela de las personas adultas, señala que: «la Fundación promoverá la sensibilización social para fomentar el respeto a los derechos de las personas mayores de edad con capacidad legal limitada».

³⁴ Legerén habla de hasta tres ámbitos diferenciados, añadiendo a los dos señalados, el ámbito jurídico. Propugnando además que, para el desempeño de las labores propias de cada uno de estos ámbitos, se cuente con un equipo de personas diferentes (abogados para el ámbito jurídico; trabajadores sociales para el ámbito personal; y economistas para el ámbito patrimonial). LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, p. 79. Insiste en la misma idea en su obra posterior: LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

momento, el patrimonio y recursos del tutelado se mantienen perfectamente separados del de la persona –ya sea física o jurídica– que ejerce la función tutelar.

Por otro lado, de todos es sabido y reconocido que, una de las mayores dificultades que tienen las personas jurídicas –públicas y privadas– en el desempeño de las funciones tutelares es la imposibilidad de establecer relaciones personales con el tutelado. Este problema ha sido resuelto por las fundaciones tutelares acudiendo a los voluntarios. Esta figura no está prevista en el Código civil. Se trata de personas físicas que normalmente pertenecen a una organización de voluntariado, que atienden a la persona con capacidad modificada judicialmente en sus necesidades afectivas³⁵, acompañándolo de un modo cercano. En un primer momento recibieron en nombre de «delegados tutelares», pero esa denominación se ha abandonado por inducir al error de entender que estas personas ejercían funciones tutelares de forma delegada, cuando ni ejercen funciones tutelares (es el patronato de la fundación quien tiene atribuida la función tutelar), ni existe delegación alguna³⁶.

Es decir, que el recurso a las personas jurídicas –ya sean públicas o privadas– tiene sus deficiencias y esto hace que las fundaciones tutelares sean muy conscientes de su carácter subsidiario en las cuestiones más directamente referidas a la persona. Ello no obstante, tampoco se puede dejar de resaltar que, a pesar de tener deficiencias, las personas jurídicas gozan de algunas ventajas para el ejercicio de esta función, como son: su continuidad, su carácter profesional, su experiencia y especialización, la posesión de conocimientos técnicos específicos, y una mayor facilidad para la comunicación con la autoridad judicial, todo lo cual constituye una garantía de adecuado cumplimiento de sus funciones³⁷.

De ahí que se diga que los principios que han de regir el funcionamiento de las personas jurídicas como tutoras además del principio de subsidiariedad (entrar en juego solo en defecto de personas físicas que puedan hacerse cargo del tutelado), son: el principio de corresponsabilidad (la asistencia en estos casos no es algo que ataña exclusivamente a las familias o al Estado, sino que es un problema de todos que entre todos ha de ser abordado y solucionado de forma coordinada); el respeto a la diferencia (sin que lo diferente tenga con-

³⁵ SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial...*, *op. cit.*, p. 527.

³⁶ S. DE SALAS MURILLO, «Función, financiación y responsabilidad de las fundaciones tutelares en España: un difícil equilibrio», *DFyP* (septiembre 2015), 03/09/2015, 190, p. 3. Cita online.

³⁷ LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

notación negativa); y la no prestación directa de servicios (las fundaciones han de canalizar y ayudar a los tutelados a obtener prestaciones pero no se las han de prestar directamente)³⁸.

IV. CONCLUSIÓN

Si volvemos al caso con el que dábamos inicio a este trabajo, si se iniciara un proceso judicial para modificar la capacidad de la hermana pequeña al agravarse el deterioro de su capacidad cognitiva, a la hora de ver la persona concreta que asume las funciones de guarda legal (ya sea tutela o curatela) habría que comprobar, en primer lugar, si ella misma tuvo en cuenta en su momento esta situación, estableciendo su autotutela. Como esto no parece probable, en segundo lugar, habría que ver si concurre alguna de las personas previstas en el art. 234 CC con carácter preferente para ejercer la función de tutela. Sabemos que, aparte de su hermana enferma, y a la que ya se ha modificado la capacidad judicialmente (por tanto inhábil para el desempeño de esta función), tiene una hija; pero también sabemos que hace diez años que no la ve y que no ha mostrado interés por el estado y bienestar de su madre en ese tiempo, de modo que el juez debería valorar su idoneidad para el cargo. Por otro lado, tenemos el antecedente de su hermana para la que se nombró como tutor a la Fundación Navarra para la tutela de las personas adultas (que es una fundación de carácter público). Así pues, en este caso, el juez, a la vista de la realidad de esta mujer y valorando las posibilidades de que la hija pueda asumir estas funciones, podría, en aplicación de la cláusula de cierre –de carácter subsidiario y protector– contenida en el actual art. 239, bis CC, proceder a la designación de una persona jurídico-pública como tutora de esta hermana. En concreto nombrar a Fundación Navarra para la tutela de las personas adultas tutora también de esta otra hermana. Este instrumento o cláusula de cierre permite resolver este tipo de situaciones cuando los remedios e instrumentos jurídico-privados no alcanzan a ser suficientes.

En definitiva, el recurso a las personas jurídico-públicas para llevar a cabo funciones que tradicionalmente han desarrollado las personas físicas (la familia, en la mayor parte de los casos), es una posibilidad que está abierta pero

³⁸ LEGERÉN MOLINA, «La entidad pública...», *op. cit.*, pp. 80-81. LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

como recurso subsidiario, es decir, como último remedio o cláusula de cierre para evitar el desamparo de una persona que, a pesar de ser adulta, se encuentra en una situación de vulnerabilidad que no puede ser solventada por otros medios. Acudir a esta vía de forma indiscriminada supondría derivar en una institucionalización de la tutela y de los tutelados y, como consecuencia de su generalización, perjudicaría la atención de estas personas, por lo limitado de los recursos públicos. De modo que se desnaturalizaría el sistema.

No obstante esta es una cuestión en la que hay que seguir trabajando. En una realidad como la actual en la que son hechos constatables: el aumento de la esperanza de vida con el consiguiente envejecimiento de la población; el aumento de enfermedades degenerativas con afectación de las capacidades cognitivas; la reducción de los núcleos familiares, siendo cada vez más frecuente la realidad de ausencia de parientes cercanos –o su negativa o incapacidad para asumir esta función–; así como la evolución en los roles sociales y el acceso de la mujer al mercado de trabajo, dejar el ejercicio de las funciones tutelares en manos solo de la familia o solo de las instituciones, si aquella no existe o no puede desempeñar esta función, es un error. La realidad de afectación de la capacidad de obrar de las personas en el tramo final de la vida no es una realidad exclusivamente privada, ni tampoco cuestión únicamente pública. Se trata de una realidad en la que han de ponerse medios privados pero también públicos al servicio de la persona. Fomentar que el propio interesado forme parte de ese proceso de decisión es muy acertado, pero también se ha de profundizar en el camino iniciado por algunas leyes, como la Ley de dependencia, de fomentar los «apoyos» para que los poderes públicos no solo intervengan de forma subsidiaria en el ejercicio de la función tutelar si no hay parientes o no son idóneos. Además de esto y junto con eso, es preciso que también los poderes públicos alivien de alguna manera y de forma simultánea, el ejercicio de la tutela por parte de las personas físicas, dando los apoyos necesarios a la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad. Derecho público y privado se han de aliar todavía más y de forma más eficaz para el cuidado y apoyo de la persona que tiene su capacidad de obrar mermada.