

El papel de la tutela legal de incapaces en las instituciones de guarda

Joaquín María Rivera Álvarez

quino@trs.ucm.es

Escuela Universitaria de Trabajo Social
Universidad Complutense de Madrid

Palabras clave: Incapacitación. Intervención pública. Tutela Legal.

Key words: Incapacitation. Public intervention, legal representation

La Ley 41/2003, de 18 de Noviembre ha introducido un nuevo párrafo al Art. 239 del Código civil. La norma permite la asunción de la tutela legal y automática de las agencias y fundaciones públicas de protección a personas incapacitadas y mayores de edad, sin necesidad de intervención judicial, tal como ocurría en la protección legal de menores de edad (Arts. 172 a 173 del Código Civil). Este artículo ha de ser interpretado para ver que personas y situaciones han de ser contempladas bajo su vigencia, así como introducirlo dentro del sistema general de las instituciones tutelares.

The Law 41/2003, November 8th, introduce a new paragraph in Article 239 of the Civil Code. The rule permits the legal and automatic guardianship of the public agencies and foundations that protect the incapacitated and mayor people without judicial resolutions, as it has happened in the minor´s legal protection (Art. 172 to 173 of the Civil Code). The article has to be interpreted to clarify the persons and situations that has been contemplated and to be introduced in the general system of the legal representation.

Propósito: El nuevo artículo 239. 3º párrafo del Cc, nacido a raíz de la Ley 43/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, plantea serían dificultades a la hora de fijar su finalidad y engarce dentro de la sistemática general de las instituciones de guarda fijadas dentro del Código Civil.

El propósito de estas líneas es reflexionar sobre su papel y tratar de resolver los problemas que se hemos planteado. Como siempre partimos del texto legal del Art. 239 del Código civil:

“La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

La entidad pública a la que, en el respectivo 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 la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

1. Es pacífica la opinión que todas las instituciones de guarda – y por lo tanto la tutela legal que impone la norma que comentamos- vienen a salvar la situación en la que los padres no pueden o quieren ejercer su responsabilidad parental. Nuestro propósito es plantearse dicha situación en el caso de personas incapaces o incapacitadas mayores de edad, concentrando la cuestión al caso de intervención pública en esta materia.

Antes de continuar tenemos que diferenciar entre incapacitados e incapaces. Por los primeros consideramos a los que han sido declarados así por sentencia judicial (Art. 199 del Cc) al estar afectados por una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que les impide gobernarse por si mismos (Art. 200 del Cc)¹. La declaración de incapacitación supone la alteración del estado civil de la persona por cuanto, de presumirla capaz de obrar- una vez alcanzada la mayoría de edad (Art. 315 del Cc)-, se pasa a entender que dicha persona necesita de la protección de los representantes o asistentes legales nombrados para una serie de incumbencias preferentemente patrimoniales – no obstante, también, a veces señala ámbitos personales sobre los cuales debe actuar para ser eficaces los guardadores legales del sujeto-. Por contrario, entendemos personas incapaces como aquellas que, a pesar de no poderse gobernar por si mismas – falta de capacidad natural, como carencia de entendimiento o voluntad sobre una determinada incumbencia-, no han sido declaradas judicialmente incapacitadas. Por tanto, aparentemente pueden ser las más necesitadas de protección ya que no se han arbitrado todavía un sistema de protección legal. A partir de que los parientes y allegados de los incapaces son remisos a acudir a un procedimiento judicial, normalmente son cuidados informalmente por estos; lo que determina la existencia de lo que denominamos guarda de hecho a partir de la mayoría de edad – regulada en los Arts. 303 y 304 del Cc-.

El problema serio que plantea la anterior situación descrita es que, en muchos casos, la falta de incapacitación va unida a la ausencia de promoción de la declaración de minusvalía, encontrándonos con sujetos que no están incorporados al sistema de protección social y que exclusivamente están atendidos por unos parientes y allegados. A todo ello va unido que, por el transcurso del tiempo, estas personas por edad o por las condiciones del enfermo o sujeto con discapacidad pueden llegar a ser abandonadas. Una situación habitual es que los padres que son los cuidadores informales – esencialmente la figura femenina, la

¹ Cuando se presume que se va a recuperar en un corto periodo de tiempo la capacidad natural, no debe llevarse a cabo la incapacitación, ya que se solucionaría el problema con el cuidado y atención de la persona por sus guardadores de hecho – familiares o allegados-.

madre- puedan fallecer y dejar al sujeto incapaz sin protección alguna. Lo que unido a los problemas de entendimiento o volitivos que tiene el sujeto derive en la incapacidad del mismo para solicitar auxilio.

Antes de la reforma legal, se planteaba la necesidad de que las entidades públicas de protección de incapacitados pudieran asumir la tutela cuando los parientes o allegados no pudieran o no fueran idóneos (Heredia Puente-Fabrega Ruiz (1998) 55). A estos efectos, las legislaciones autonómicas crearon en concreto una serie de agencias y fundaciones públicas que asumieran las tutelas, a partir del Art. 242 del Cc. Entendieron que, a los efectos de superar la lentitud e inconveniencias del procedimiento judicial de incapacitación y constitución de tutela, se creara una norma que posibilitara la asunción automática y legal de la tutela, tal como ocurría con los menores (Heredia Puente-Fabrega Ruiz (1998) 81). Esta es una de las razones de la reforma legal. No obstante lo cual, debemos considerar que ésta se ha quedado “coja” ya que resuelve exclusivamente uno de los problemas: el del incapacitado judicialmente que, durante la tutela ordinaria, se encuentra en situación de desamparo.

Pero si esta no es la solución que pasa en los casos de desatención grave moral o material de los incapaces, debemos de plantearnos que posible solución hay para estos casos. Pues bien, en las próximos numerales contestaremos a esta pregunta.

2. Usualmente, nuestro Ordenamiento se planteaba la resolución del problema de la protección del incapaz mediante la constitución de la guarda legal previa incapacitación, solicitadas por Ministerio Fiscal² o por los parientes obligados a poner de manifiesto la situación de incapacitación y promover la tutela – el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz, tal como lo especifica los Arts. 229 y 234 del Cc y el Art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- .

² A la vez, tal como nos indica el Art. 757.

Por ello, las entidades públicas de atención a personas mayores e incapaces, sus funcionarios, no tenían una intervención directa procesal al inicio del procedimiento, ya que el Art. 757.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que “Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”. Se entiende que, a partir de la denuncia, el Ministerio Fiscal intervendrá solicitando la incapacitación si ve que los parientes antes señalados – o el propio incapaz – no existen o no solicitaron la incapacitación. Si estos lo solicitan entonces actuará como defensor de la persona incapacitada (Arts.749.1 y 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Hay que tener presente que, según su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de Diciembre) el Ministerio Fiscal tiene “la función de intervenir en los procesos civiles, cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee los mecanismos ordinarios de representación, así como tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” (Hernández Gil (2004) 2422).

Por otra parte, es interesante resaltar que el Ministerio Fiscal, en cuanto tenga conocimiento de una causa de incapacitación en una persona, podrá solicitar al Juez la adopción de medidas cautelares “para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio” Art. 762.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante hay que indicar que será necesaria la audiencia previa del presunto incapaz y la adopción de una serie de cautelas señaladas en los Arts 734 a 736 de la anterior ley.

Entre las personas que podían ser designadas como tutoras están las personas jurídicas, públicas o privadas, que tengan encomendada la protección de los incapaces (Art. 242 del Cc), a falta de parientes adecuados señalados en el Art. 234 del Cc o cuando el juez ,

excepcionalmente, considere la opción como más beneficiosa para el incapaz (Art. 234, 3º párrafo , del Cc).

En este punto, es interesante ver que el Juez tiene libertad para nombrar, en defecto de las personas designadas en el Art. 234 del Cc, a aquella que considere adecuada por sus relaciones con el tutelado y conforme a su beneficio (Art. 235). Dicha norma pudiera considerarse que entra en colisión con el nuevo Art. 239.3, ya que aparentemente señala que, cuando no haya las personas referidas en el Art. 234 de la Ley, el Juez constituirá la tutela a favor de las entidades públicas. Para mi gusto, no hay contradicción sino que se trata de un problema de olvido de la disposición referida, debiendo integrarse la norma del Art. 235, dentro de lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 239.3, en función del mantenimiento del principio de subsidiariedad de la intervención pública que debe seguirse manejando. No obstante lo cual, dicha postura nos muestra uno de los problemas de interpretación de la norma, ya que llevaría al desdoblamiento entre tutela ordinaria, constituida por el juez, – en situaciones de carencia de personas del Art. 234 del Cc, en relación con el 235 del Cc- y tutela extraordinaria, constituida por la Administración en función de la ley – en situaciones de desamparo-. De ahí deriva la dificultades interpretativas de la norma, ya que deberíamos regirnos por el principio de que, donde no distingue la ley, no debe distinguir el interprete.

Para resolver dicho problema debemos considerar, previamente, que el texto de la norma del Art. 239.3 del Cc ha puesto de manifiesto una cuestión relevante que la doctrina ha tratado en esta reforma. La palabra “incapaz” que está en el Art. 239.3 del Cc no es una categoría cerrada descriptivamente en nuestro Derecho civil, como la de incapacitado o persona con discapacidad – actualmente a partir de las Leyes 41 y 51/2003-. Pese a ello, se plantean dos posibles interpretaciones del término: uno, amplio, que indica que todo sujeto que naturalmente no pueda gobernarse a si mismo por una enfermedad o deficiencia que tenga carácter persistente puede ser objeto de intervención; la estricta, indica que sólo puede ser objeto de tal intervención los que hayan sido incapacitados judicialmente por sentencia. Como se ve la norma habla de incapaces pero, a la luz de la doctrina (SERRANO GARCIA (2004) 268,

REPRESA POLO (2004), 204), vemos como es remisa a identificar a estos con los sujetos antes vistos. Se hace por cuanto nuestro sistema legal de incapacitación, nacido de la reforma de 24 de Octubre de 1983, se formaba sobre la necesidad impuesta por el Art. 199 del Cc: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. Y dicha norma, entendían que tenía un reflejo constitucional, por cuanto la incapacitación suponía la restricción o privación de derechos y libertades constitucionalmente reconocidas, por lo que no podía surgir de una declaración médica sino del Juez, mediante la resolución típica del procedimiento contencioso, la sentencia (En contra, en su día al momento de la reforma, DIEZ PICAZO (1984)4). Por todo ello, no hay posibilidad de tutela legal si no hay previa incapacitación judicial, en cuyo procedimiento puede haber o no la constitución de la tutela ordinaria.

Hay dos necesidades que obran en esta situación en cada una de los lados de la balanza. Por una parte, la persona incapaz – es decir, aquella que todavía no ha sido incapacitada pero no se puede gobernar- necesita para desarrollar su propia vida del modo que desee la protección institucional para superar, tanto los déficits intelectivos, volitivos propios, y las dificultades ambientales. Así se pone de manifiesto por el Libro Blanco (Capítulo II, Pág. 14-15) que: “Las personas con dependencia funcional gozan jurídicamente de los mismos derechos, libertades y deberes civiles y políticos constitucionales que los demás ciudadanos, ya que únicamente se les podrá privar de los mismos en los casos de incapacitación, a través de una sentencia judicial y en los términos y extensión que la misma establezca. Sin embargo, en la práctica la vulnerabilidad de su situación dificulta el ejercicio real de dichos derechos, como ponen de manifiesto diversos estudios e informes sobre los casos de maltratos, abusos o extorsiones a que se ven sometidos. Así pues, este colectivo, especialmente frágil, precisa de la concreción de los derechos que les corresponden, especialmente como destinatarios y usuarios de las prestaciones y servicios, así como de medidas protectoras específicas para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos y responsabilidades”. Pero, a la vez, dicha protección, en cuanto restringe no sólo su capacidad sino el ámbito de decisiones, determina que se imponga o exige que la intervención pública

se realice cuando sea necesaria y, además, siempre vaya encaminada al beneficio de la persona incapaz. Para proteger dichos dos elementos finalísticos de las potestades públicas es exigencia, según la doctrina, no sólo el control jurisdiccional posterior sino previo mediante la incapacitación que determina dichos dos factores.

Por último, cuando se dan problemas puntuales y urgentes que resolver, atendiendo a que el procedimiento de incapacitación y/o constitución de tutela podía durar un tiempo, el Código Civil autorizaba a que el Juez pudiera llevar a cabo cualesquiera medidas cautelares para la protección de la persona incapaz conforme al Art. 216, segundo párrafo, del Cc3.

Por último, el Ministerio Fiscal como órgano de vigilancia y control de la tutela y también, como señala Hernández Gil (2004) 2431 “es también el órgano receptor de noticias de los hechos determinantes de la tutela (Art. 230 CC); vigila el desempeño de las funciones tutelares y en cualquier momento puede exigir al tutor que le informe sobre la situación del tutelado (Art. 232 CC); promueve la remoción del tutor del tutor(Art. 248 CC)...y cuando tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento asumirá su representación y defensa el MF (Art. 299 bis CC). El mandato contenido en este último precepto convierte al MF más que en defensor “ope legis”, en tutor de la persona que se encuentra en esa situación, debiendo adoptar las medidas más convenientes para su cuidado y protección, misión para la que actualmente el MF carece de medios y de organización suficientes”.

Es muy interesante el comentario, por cuanto determina que, tal como veremos más adelante, si no podemos aplicar el Art. 239.3º párrafo del Cc, a la situación de los incapaces, cuando las entidades públicas de protección tenga conocimiento de la desatención moral o material, sin embargo, el Ordenamiento por ello no se abstiene de intervenir sino que deja en manos del

3 Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

Ministerio Fiscal dicha responsabilidad. El problema es que éste carece de medios para hacerlo efectivo.

3. Una vez constituida el sistema de guarda legal, nos podemos encontrar con que el declarado incapacitado resulta desatendido material o moralmente desde la perspectiva personal.

La asistencia material y moral debida a la persona con incapacidad se produce no sólo directamente por el tutor, sino también por otras personas de su entorno, ya sean auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones – como ocurre cuando asume la tutela una persona jurídica – , allegados o parientes que, de hecho, pueden estar cuidando de la persona – como puede ser su cónyuge-mujer, pariente político del tutelado, un hermano mayor de edad durante un viaje de placer de los padres o del hermano tutor- o profesionales – así las prestaciones sociales de tipo residencial o asistencial que se convienen con los tutores que sean allegados o parientes y que no puedan o quieran ofrecerla personalmente-...etc.

Son claros los deberes asistenciales de la persona incapacitada por quien ejerce la guarda legal, así claramente en el Art. Art. 269 del Cc – en la tutela- y en el Art. 154 del Cc – en la patria potestad prorrogada o rehabilitada-. Es interesante ver si la nueva regla se solapa con el sistema de sustitución de los tutores mediante la remoción de los artículos 247 y ss del Cc. De nuevo, se nos planteará hasta que punto la asunción automática en situaciones de desamparo determina la suspensión de las funciones de guarda legal que se tuvieran anteriormente. Lógica conclusión a partir de que, fuera de dichas situaciones, el juez pueda nombrar defensor judicial y suspenda al tutor de sus funciones (Art. 249 del Cc).

En ese momento, conforme a la intensidad de la desprotección, podemos encontrarnos diferentes posibilidades en la Ley, primero, desde la perspectiva de la intervención judicial:

- A) Si la desatención es puntual, deberá recordarse que el tutor o cualesquiera otro guardador legal está sometido a responsabilidad por los daños y perjuicios que cause a su tutelado .
- B) Si la desatención es prolongada, no obstante lo cual, hay otros parientes que puedan ser llamados a la tutela, el Ministerio Fiscal solicitará al Juez, la remoción del cargo de tutor (Art. 247 del Cc)⁴.

Las entidades de protección de personas incapaces podrán, en esta situación, sin necesidad de solicitar intervención judicial asumir automáticamente la tutela de dichos sujetos incapacitados. En este caso, la tutela no se constituye judicialmente , sino que la ley autoriza, previa comprobación de la situación – a través del procedimiento administrativo que se cree- , a las entidades públicas que asuman la tutela de los incapaces a asumir la tutela “extraordinaria”- por diferenciarla de la ordinaria nacida de la intervención judicial-.

4. De todo lo expuesto vemos que la intervención de las entidades públicas de protección de personas mayores e incapaces es residual en un sistema de tutela judicial en donde todavía tiene gran relevancia la familia. Por el contrario, hay sistemas que han aceptado la tutela pública como regla general, como ocurre en Suiza, de forma que la Ley provee de una autoridad tutelar en sentido estricto – junto con una autoridad de vigilancia-.

Por otra parte, tal como hemos manifestado, en nuestro sistema jurídico, es necesario la incapacitación judicial previa para que puede designarse un representante o asistente legal; frente a ello, otros sistemas, como el de la Betreuung alemana, permite también el nombramiento de asistente , sin necesidad de incapacitación previa, si bien si se trata de una deficiencia física, es necesario que se haga a solicitud del propio enfermo, si es mayor de edad (Parágrafo 1896.1.3 del BGB). De este modo, puede una persona que

4 “Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio.

Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”.

progresivamente va perdiendo su capacidad nombrar un asistente, cosa que sólo puede hacerse en nuestra legislación, desde la perspectiva patrimonial, a partir del nuevo Art. 1732 del Cc por la Ley 43/2003. Sin embargo, desde la perspectiva personal, dudo que se pueda aplicar tal disposición.

Sin embargo, nos parece que el problema real no está en la necesidad de cambio del sistema de tutela, reforzando la posición de las entidades públicas sino que lo que corresponde es que éstas intervengan sobre la esfera jurídica de las personas incapaces con fines de protección sin necesidad de asumir la representación legal correspondiente a la tutela o cualesquiera otros sistema de guarda – patria potestad prorrogada o rehabilitada, curatela-. En esta línea, debemos diferenciar, tal como hace la legislación alemana de la “Betreuung”, entre medidas de atención material a la persona incapaz, sin necesidad de cuidado jurídico, y aquellas otras que implican la necesidad de realización de actos de representación. Y entender que, las entidades públicas de protección deben asumir responsabilidades asistenciales más allá de las situaciones de incapacitación, en la línea de integrar dichos servicios en el nuevo Sistema Nacional de Dependencia. En el propio anteproyecto, al definir la dependencia, no integra en dicho concepto la falta de capacidad natural – “gobierno de si mismo”-, ya que la falta de autonomía física, sensorial o psíquica que es persistente debe suponer la necesidad de ayuda de otra u otras personas o precisar de de ayudas importantes para realizar actos de la vida diaria (Art.2 del Anteproyecto). Pero, además, la intervención pública no debe depender de la solicitud de la persona dependiente sobre todo cuando no tenga capacidad natural para entender o querer. Tal como nos dice Garcia-Ripoll Montijano (1999) 579 “la protección de los enfermos mentales depende, no tanto de la corrección técnica de las reglas jurídicas, como de otros factores más concretos, en especial, del apoyo económico que este dispuesta a prestar la Administración pública, y de la concienciación social sobre la necesidad de ayudar a estas personas desvalidas”. Se trata de acudir a un modelo más funcional y no tan institucional que posibilite la atención a todo sujeto dependiente.

Bibliografía:

Albaladejo García, M. (2006): *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 10 ed. , Edisofer S.L., Madrid.

Diez Picazo, L. (1984): “Las líneas de inspiración de la reforma del Código civil en materia de tutela”, *Documentación Jurídica*, enero-marzo 1984, Núm. 41, Pág. 6 y ss.

García Cantero, G. (2004): “La tutela en Suiza”, en González Porras, J.M.-Méndez González, F.P.: Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Espala-Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia.

García-Ripoll Montijano, M. (1999):” La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betrugung) de los enfermos físicos y psíquicos”, *Actualidad Civil*, Num.21, 24 a 30 de Mayo de 1999, Pags. 553 y ss.

Heredia Puente, M- Fábrega Ruiz, C. (1998):*Protección Legal de Incapaces*, Colex, Madrid.

Hernández Gil, F.(2004): “Protección en el orden civil de la persona de edad por el Ministerio Fiscal”, en González Porras, J.M.-Méndez González, F.P.: Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Espala-Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: *Memoria del análisis de impacto normativo, económico, de género e igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia*, en <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-memoriadependencia-01.pdf> .

Rams Albesa, J. (2005) en Lacruz Berdejo "et alios": *Elementos de Derecho civil, IV, Familia*, 2º ed. Revisada y puesta al día, Ed. Dykinson, Madrid.

Represa Polo, P. (2004) En Díaz Alabart, S. et alios: *La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid.

Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad-INSERSO: *Libro Blanco de atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid 2004.