

**LAS DIFERENTES INCAPACIDADES: NECESIDAD DE UNA DIFERENTE REGULACION LEGAL,**

**I.- INTRODUCCION.**

Hace ya algunos años, hablando del mismo tema que hoy nos reúne, decía que la institución de la tutela se encuentra en una situación de crisis. Sin embargo, a diferencia de la crisis en que casi siempre estuvo, ahora se trataba de una crisis de crecimiento, de maduración. Tal crisis la detectaba en un doble ámbito: crisis en cuanto a su aceptación social y, crisis en cuanto a su regulación legal.

**A.- Crisis en cuanto a su aceptación social:**

Citaba a MARTINEZ DIE (1), cuando dice que un ejemplo paradigmático de la "desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno". El hecho de haberse configurado todo el trámite de la incapacitación como un proceso contencioso e inquisitorio, sigue diciendo el mismo autor (2), hace que "los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se ven y seguirán viéndose abocados a dirigir una demanda **contra** su familiar y a seguir un proceso **contencioso** y **contradictorio**, que tiene por objeto **restringir** la capacidad de obrar del demandado, características que contribuyen poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario". En definitiva, remacha PRADA GUAITA (3), en la

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

práctica "la tutela sólo se constituye (...) cuando ha de realizarse alguno de los actos que el Código Civil somete a autorización judicial", y mientras no surge tal necesidad "la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando por los padres y, faltando éstos, por los hermanos e incluso por los propios hijos del incapaz en los supuestos de demencias seniles, y estos parientes actúan en la práctica como una especie de Consejo de Familia de hecho, pero sin el amparo que a su actuación otorgaba el régimen anterior".

Tan patente es este rechazo sociológico a la incapacitación de una persona que ocurría, y sigue ocurriendo, lo siguiente: según el **artículo 203** del Código Civil, "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", deber que según DIEZ PICAZO(4) "es de carácter público, del que puede resultar responsabilidad cuando se incumple de manera dolosa o de manera negligente". Pues bien:

-Cuando la Administración, en el ámbito de la Seguridad Social, "no sólo conoce sino que reconoce y determina el grado de la invalidez que afecta a las personas que pretenden obtener la condición de beneficiarios" (5), no acostumbra a trasladar tales datos al Ministerio Fiscal.

-Cuando un Tribunal, en el orden penal o en el orden laboral o social, aprecia la eximente o declara la incapacidad permanente, no extrae las consecuencias civiles previstas en el artículo 203 citado.

-Cuando un Notario, requerido para autorizar un documento, sea un testamento, sea un poder, o sea de otro contenido

cualquiera, deniega su intervención por considerar que el previsto otorgante no es capaz, ¿lo comunica al Ministerio Fiscal?.

Con todo, y sin dejar de ser cierto todo lo anterior, sobre todo por la educación social provocada por muchas fundaciones tutelares que han ido surgiendo, y por los mismos educadores y asistentes sociales que van abundando, así como por las reformas legislativas que se han ido produciendo en muchos casos por impulso de los anteriores, creo que la situación va cambiando y la sociedad va concibiendo la tutela no como una agresión del incapaz, sino como una defensa del discapacitado.

**B.- Crisis en cuanto a su regulación legal:**

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformadora del Código civil en materia de tutela, se caracterizó por **algunas notas que conviene resaltar:**

1ª.- Parte de la desconfianza hacia la familia, tal vez porque el anterior sistema de **"tutela familiar"** había entrado en crisis: la familia sólo se preocupaba de constituir la tutela... cuando hacía falta, más por interés de la propia familia que por interés del incapaz. Y pasa de forma radical a la **"tutela judicial"**, pensando que el Juez defenderá al incapaz mejor que su familia. Así la Senadora SAUQUILLO PEREZ DEL ARCO, señaló en el debate parlamentario, que aunque muchos creyesen que es difícil el control y vigilancia judicial en relación a la tutela conociendo lo saturados que están los Tribunales de Justicia, esto "no puede ser obstáculo que nos impida crear

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

una nueva Ley que signifique el control absoluto del organismo judicial con respecto a la tutela" (6). Y añadía el Senador PORTABELLA I RAFOLS: "con el Poder judicial tal y como está ahora, esta ley no se puede aplicar ..., pero de ninguna manera nos puede hacer dimitir de nuestra obligación de legisladores, de nuestra obligación de hacer leyes perdurables y con proyección de futuro" (7).

Como comenta MARTINEZ SANCHIZ (8), "pareciera que nuestros legisladores, deseosos de parangonar nuestro derecho tutelar con el francés (Ley de 14 de diciembre de 1964) y con el Código Civil italiano, han acabado dictando una Ley para el futuro, a lomos de profecías, desconectada de la realidad española".

2ª.- Intentó resolver la situación de un grupo de incapaces, con asociaciones familiares bien organizadas y con posibilidades de presión política. Y así, DIEZ PICAZO (9) decía que "la reforma de la tutela ha aparecido en el horizonte movida por razones distintas, cuya raíz última se encuentra en la situación de las personas que eufemísticamente (¡!) se han llamado subnormales o minusválidas". En definitiva, como dice PUIG BRUTAU (10), el sometimiento "a una misma institución de incapacidades tan distintas como las de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados" (esta última hoy abolida), da lugar a una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización.

Pero la legislación, pese a seguir sin hacer una regulación de la tutela de nueva planta, como parece necesario, va abriéndose camino, de forma indirecta, a una nueva visión de la institución. Precisamente SANTOS

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

URBANEJA (11) explica muy bien la evolución legislativa que va habiendo cuando nos dice que existen "tres modelos de atención a las dependencias":

a).- El modelo basado en la atención y protección familiar, o "**tutela de familia**": "durante siglos la familia ha sido la gran referencia protectora" y "cualquiera de sus miembros que naciera o cayera a lo largo de su vida en estado de desvalimiento, debía encontrar en ella su amparo económico, afectivo, asistencial, etc...".

b).- El modelo basado en la protección judicial, o "**tutela judicial**", que es el introducido por la reforma repetida del año 1983. Pero tal legislación nueva no pudo desprenderse de la familia, correspondiendo a los familiares más cercanos, o a las Fundaciones tutelares que fueron naciendo para el caso de ausencia de familiares (este sí, paso importante de la nueva legislación), el ejercicio real de la tutela o defensa del incapaz, encomendándose a la Autoridad judicial, Jueces y Fiscales, el control de tal ejercicio. SANTOS URBANEJA, Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba añade que: "la atribución al Poder Judicial del control de las tutelas es uno de los primeros hitos de esa alocada carrera en la que aún nos encontramos por derivar al Poder Judicial todas las cuestiones cualquiera que sean, pero eso sí, sin dotarle de medios para enfrentarse a ellas".

c).- Y el modelo emergente al que estamos asistiendo en los últimos años, que podríamos titular de "**auto-tutela**", del que luego nos vamos a ocupar.

**C.- Esquema de la exposición.**

Dicho lo dicho, creo que he abierto el camino para tratar separadamente:

-Por una parte, de **tres clases de tutela por razón del tutelado**: la de los menores, hoy incapaces, pero que van a llegar a ser plenamente capaces; la de los menores que siendo incapaces hoy en cuanto tales, nunca van a llegar a ser capaces, y la de los capaces, mayores de edad, que pueden llegar a ser incapaces.

-Y por otra parte, en cada grupo, **intentaré resaltar, junto a reformas legales habidas recientemente, la posibilidad de arreglar muchos de los problemas existentes** mediante un ejercicio sensato de lo que llamamos "**autonomía de la voluntad**" o "**autocomposición de intereses**", ejercicio que, en manos del Notariado, bien puede convertirse en otra fuente creadora del Derecho por el camino del uso social.

Además creo que con lo dicho, sobre todo si hacemos hincapié en la "autonomía de la voluntad", ha quedado fundamentado el que dedique menos espacio a los dos primeros colectivos de incapaces y destine el grueso de mi tiempo al problema de la tutela de estos mayores que pueden llegar a ser incapaces.

**II.- LA TUTELA DE LOS MENORES QUE LLEGARAN A SER CAPACES.**

Lo normal en este colectivo es que no exista tutela, sino patria potestad, ya que lo normal es que durante la minoría de edad existan los padres o al menos uno de ellos.

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

Pero si llegase a ser necesario el nombrarles un tutor, no hay que olvidar que aquí, como dice MARTINEZ SANCHIZ (12), "las funciones tutelares, en su relación con la patria potestad, actúan siempre como suplentes, con unas características diferenciales que no deben ser desconocidas, por cuanto propenden a la implantación de un órgano artificial que salve la situación de necesidad, a falta del propiamente natural". Al menos, con ENCARNA ROCA (13), cabe decir que "las diferencias entre ambas instituciones deben centrarse en dos aspectos esenciales: la forma de acceder al cargo de tutor, por naturaleza absolutamente distinta de la adquisición de la titularidad en la patria potestad, y el sistema del control del Estado en la tutela y de la actuación del tutor en particular", añadiendo que "fuera de estas cuestiones, puede afirmarse que la patria potestad proporciona, por lo menos, el modelo de estructuración de la tutela".

Aparte de estas observaciones de carácter general, quisiera hacer hincapié en dos diferentes aspectos:

**A.- Primero en el ámbito patrimonial:** Es sabido que los padres, conforme al **artículo 223** del Código Civil, pueden nombrar tutor para sus hijos en testamento, cualquiera que sea su forma, o documento público notarial, pudiendo además "establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados". Tal disposición plantea, como dice MARTINEZ SANCHIZ (14), el problema de mayor interés práctico, que "estriba en saber en qué medida podrán (los padres) limitar la intervención judicial".

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

Porque el artículo 232 del mismo Código dice que "la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal".

Examinemos la cuestión con un caso concreto: fallecen los padres y dejan como única herencia el piso donde vivían, nombrando tutor de su hijo menor de edad a una persona de su confianza: ¿podrán otorgarle facultades para que pueda vender tal piso, si lo cree conveniente (como es el caso de que se lleve a vivir al menor a su propia casa) sin necesitar de la autorización judicial que exige el artículo 271, 2º?. Es más, ¿será necesaria para la venta judicialmente autorizada, esa subasta pública de que habla el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?. Incluso para situar el problema en toda su globalidad: si es sólo uno de los padres el que fallece, continuando el otro con la patria potestad, o si es un abuelo u otra persona el que deja bienes a un menor sujeto a patria potestad, éste, el causante o donante, conforme al **artículo 227** del Código Civil, "podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla". ¿Podrán eximir de la autorización judicial citada? Y quien habla de venta, habla de cualesquiera otros actos de tipo patrimonial.

Parece que, en principio (15), quien puede lo más, que es "no dar", puede lo menos que es "modalizar lo donado, u organizar su administración". Esto lleva a decir a GARCIA CANTERO (16) que el mandato del **artículo 232** "no es rigurosamente imperativo". En cambio la D.G. de los Registros y del Notariado, en una Resolución de 1 de abril de 1993, aunque no pudo entrar en el problema porque no le fué planteado, se inclina, en un "obiter dictum", por exigir, aun en estos casos, la autorización judicial.



**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

Entiendo que la solución adecuada a esta cuestión es la que da MARTINEZ SANCHIZ (17): el padre que nombra al tutor, o el testador o donante que deja bienes al menor, no se encuentran en situación de reducir los casos que enumera el Código Civil en su **artículo 271** para los que el tutor o administrador de los bienes del incapaz necesita autorización, pero "podrán cambiar el órgano que deba otorgarlos". Y es que el hecho de que sea la autoridad judicial la prevista en el Código Civil no es una cuestión de "orden público", como demuestra el que otras legislaciones también españolas, como el Derecho aragonés y el catalán, así lo consienten. Es decir, podrá señalar las personas, diferentes del tutor o administrador, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el **artículo 271** del Código civil: los abuelos, los hermanos, "los parientes más próximos", o una Fundación de tipo tutelar. Y tales disposiciones sustitutorias del órgano de autorización, pueden afectar incluso a la legítima del hijo, ya que tales disposiciones no suponen ningún gravamen legitimario.

**B.- Y segundo en el ámbito personal.** En estos tiempos de galopantes inmigraciones y de "pseudo alianzas de civilizaciones" yo me pregunto, y os pregunto si desbarro: cuando el **artículo 223** del Código Civil otorga potestad a los padres para instruir al tutor designado, estableciendo disposiciones sobre la persona de su hijo, ¿podrán disponer que se le eduque en un determinado ambiente religioso?. Por mi parte entiendo que sí, y que incluso podrán establecer las personas que, integradas en el organismo tutelar, se ocupen en exclusiva de la educación del menor, así como que

éstas se vean obligadas a realizar una determinada orientación educacional, incluido el ámbito religioso, como lo son los padrinos designados por los padres en el Bautizo, siempre preservando la libertad que el menor deberá tener, como la tendría frente a sus propios padres si éstos viviesen. En este ámbito entiendo que no puede tampoco exigirse la autorización judicial para el internamiento en un establecimiento "de educación o formación especial", a que se refiere el **artículo 271, 1º**, del Código Civil, que luego veremos, salvo que se trate de un problema de sectas.

**III.- LA TUTELA DE INCAPACES "NUNC ET SEMPER".**

Comenzaré por decir que para este colectivo, **incapaces de nacimiento que nunca van a ser capaces**, vale cuanto se ha dicho, en el **ámbito patrimonial**, para el colectivo anterior, aunque con una precisión: se trata de incapaces respecto de los cuales, generalmente, no va a existir una tutela, al menos hasta muy cerca del final de sus días, sino una prórroga de la patria potestad; y que generalmente no van a tener bienes hasta que fallezca alguno de sus padres, salvo donaciones o legados de otros terceros. Pues bien, así como los mencionados terceros, conforme al **artículo 164, 1**, del Código civil, pueden nombrar administradores de lo donado o legado a los mismos padres, organizando en la forma vista el sistema de autorizaciones para los actos previstos en los **artículos 271 y 272** del Código Civil por otra vía que la judicial, también el padre o madre que fallezca podrá establecer tal sistema "sui generis" de autorizaciones, aunque continúe la patria potestad en el otro cónyuge, al amparo de lo dispuesto en

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

el **artículo 227** y en el citado **164.1**, ambos del Código civil.

Sin embargo, en este colectivo es especialmente importante lo dispuesto en el **ámbito personal** por el **artículo 271, n° 1°**: "El tutor necesita autorización judicial: 1°. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial". Tal precepto es desarrollado por el largo **artículo 211** del mismo Código, que dice así:

"El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el **artículo 269.4°**, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento".

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

La redacción de este artículo, proviene de la Ley de Protección del Menor, Ley 1/1996, de 15 de Enero, que modifica la redacción anterior de 1983, al cambiar el "internamiento de un presunto incapaz", por el "internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí", y añadiendo "aunque esté sometida a la patria potestad". . Los problemas que tal norma está creando en las familias normales, me hace transcribir el comentario del Fiscal FABREGAS RUIZ sobre la Ley 13/1983 y su posterior reforma por la Ley Orgánica de Protección al Menor que introduce la redacción transcrita (18): "Late en la misma una clara desconfianza hacia los padres, como si lo normal fuese el ejercicio incorrecto de su deber y no el correcto, sometiéndolos al control de los poderes públicos, que al parecer merecen mayor confianza, lo que para GULLON es más propio de un Estado Totalitario".

Aunque me acabe metiendo en el colectivo de incapaces siguiente, en relación con este **artículo 211** del Código civil, modificado en 1981, 1983 y 1996, cabe decir, además de lo dicho en cuanto a hijos sujetos a la patria potestad:

1.- **Con el informe del Senado**, Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales, de 2 de diciembre de 1999, en cuanto a las personas mayores: que **"en la práctica** se omite la solicitud de la previa autorización judicial no sólo en los casos que afectan a personas de la tercera edad afectadas por enfermedades mentales, sino también a personas incapacitadas".

2.- **Y con el informe de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología** sobre "La atención sociosanitaria a las

personas mayores en España", anejo a las recomendaciones del Defensor del Pueblo en el año 2000, que "la reciente reforma sobrevinida como consecuencia de la Ley del Menor ha sido realmente perjudicial para el colectivo de personas mayores", insistiendo "en una nueva (¡!) revisión del texto que tenga en mente los problemas del mayor, y las presiones que sobre ellas se ejercen en relación con su ingreso en una residencia para personas mayores". Y concluye: "no son pocos los que entienden que el desarrollo adecuado del **artículo 211** hubiere requerido una ley específica que contemplara los distintos tipos de internamientos y los diferentes colectivos de personas a los que se dirige". **¡De nuevo la necesidad de diferentes regulaciones para los diferentes supuestos de incapacidad!.**

**IV.- LA TUTELA DE LOS CAPACES QUE PUEDEN LLEGAR A SER INCAPACES.**

**A.- ALGUNOS DATOS DEMOGRÁFICOS:**

El anteproyecto de Ley de "Promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia", va precedido de una "memoria", de la que podemos extraer algunos datos en lo referente a ese colectivo que ya va a ser el objeto de nuestra exposición: las personas "mayores".

La primera reflexión es que la población "mayor" española ha experimentado en los últimos años un crecimiento muy considerable. Veamos algunos ejemplos y proyecciones de futuro:

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

1.- Las personas mayores de **65 años** se han duplicado en los últimos 30 años del siglo XX: de 3,3 millones en 1970 (9,7% de la población total), han pasado a ser 6,6 millones en el 2000 (16,6% de la población total). Y este incremento va a continuar de forma imparable: el año 2006 este colectivo ascenderá a 7.404.260 personas (16,8% del total); el año 2016 ascenderá a 8.857.956 personas (18,5% del total); y el año 2026 ascenderá a 10.876.681 personas (21,6% del total).

2.- Pero si es espectacular el ascenso de la población mayor de 65 años, fíjense con lo que ocurre y ocurrirá con los mayores de **80 años**: en el año 1996 eran 1.364.820 personas (3,5% del total); en el año 2006 pasarán a ser 2.016.934 (4,6% del total); en el año 2016 serán 2.902.016 (6,1% del total); y en el año 2026 serán 3.405.864 personas (6,8% del total)...

Esto en cuanto a la demografía pura y dura, pero es que además la memoria en cuestión hace hincapié en dos notas que agravan considerablemente el problema. Porque es que hasta ahora la familia, sobre todo las mujeres de la familia, han sido el gran colchón para atender a estas personas mayores, paulatinamente discapacitadas, dándoles eso que se ha llamado "apoyo informal": informal sí, pero tantas veces, si no casi siempre, más efectivo y más afectivo que el "apoyo formal" de las instituciones públicas. Y ahora el fenómeno del envejecimiento demográfico coincide con:

-**La crisis del modelo de familia**, cada vez más nuclear, y ésta a su vez con menos miembros. E incluso este menor número de miembros, de hijos (¡y sobre todo hijas!), coincidiendo con una mayor movilidad de los mismos, y una

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

menor conexión entre ellos, con incremento de personas que viven solas, de familias monoparentales, de meras uniones de hecho, de separaciones, de divorcios...

**-Y el cambio del rol o posición social de la mujer,** y consiguientemente de su papel de "mantenedora del hogar", con su progresiva incorporación al mercado laboral, sus mayores cualificaciones y niveles formativos que le abren nuevas perspectivas fuera del hogar y dificultan evidentemente la conciliación entre la vida familiar y el trabajo remunerado.

En definitiva, como dice SANTOS URBANEJA (19), las nuevas generaciones ya hemos asimilado que nuestros hijos no nos van a tener en sus casas: "Las personas que hoy tienen más de 40 años se enfrentan a su futuro de manera radicalmente distinta a la que lo hicieron a esta edad los que hoy tienen 80 años. La mayor parte de los actuales usuarios de Residencias de Tercera Edad jamás pensaron que iban a acabar sus días en una de ellas. La longevidad alcanzada en las sociedades occidentales unido a las severas transformaciones experimentadas por la familia tradicional, han llevado a esta situación y, a la vez, ha generado la aparición de una "nueva conciencia" sobre el modo de afrontar la última etapa de la vida, período que se adivina largo y presidido por la dependencia y la necesidad".

Ante el nuevo y futuro contexto social que tenemos y el que nos espera, surgió ya una primera Ley, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que ha dado cauce legal a muchas de las iniciativas reclamadas desde el campo de la "Sociedad civil". Ley que al margen de sus contenidos

patrimoniales, ha reconocido el amplio campo que, previamente, había ido abriendo el principio constitucional de la protección de la autonomía de la voluntad o auto-composición de los intereses privados. Porque a veces, ante el protagonismo de la "Sociedad política", olvidamos que las Fuentes del Derecho, como dice el artículo 1º, párrafo 1º, del Código civil, son: "la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Y por vía de la costumbre, en la que los Protocolos notariales deben ser pieza fundamental, podremos seguir configurando una mejor normativa jurídica para el mundo de los discapacitados, mayores o no.

Y dicho esto paso ya a ocuparme de algunos instrumentos jurídicos que, en principio ideados por el mundo jurídico-privado, han ido teniendo posteriormente cobertura legal, desarrollando también su posible contenido. E incluso pretendo ampliarlos con algún otro instrumento jurídico no tenido en cuenta hasta ahora. Para ello desarrollaré el tema, junto con mis experiencias, en cuatro capítulos diferentes: los **poderes preventivos**, la **auto-incapacitación**, la **auto-tutela**, y el **testamento** en relación con la problemática típica de las personas mayores.

Pero antes perdonarme alguna puntualización general sobre este grupo de incapaces que nos va a ocupar en adelante. Porque este grupo se caracteriza por **dos notas fundamentales**:

1ª: Que **su incapacidad no se produce**, habitualmente, salvo casos traumáticos, **en un instante**. El menor se convierte en mayor de edad al sonar las doce campanadas del día en que



cumple dieciocho años. El mayor capaz va convirtiéndose en incapaz poco a poco, gradualmente.

2ª.- Que **han sido capaces alguna vez**, y en tal época de lucidez han podido ejercer su **autonomía de la voluntad**, asentada en su libertad, que la Ley, como no puede ser menos, la reconoce previendo incluso lo que quieren que se haga con ellos cuando lleguen momentos, si llegan, de falta de capacidad. Estamos ante un área de actividades que puede encajarse en lo que hoy se llama inapropiadamente, pero con éxito, "testamento vital".

Estas notas exigen una **constante graduación en el alcance de su capacidad o incapacidad**, así como un **constante respeto a su voluntad**, tanto presente como previamente expresada. A estos efectos conviene detenerse en la nueva regulación alemana, según ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

La **nueva legislación alemana**, que también tiene motivaciones económicas más espúreas, como reconoce GARCIA-RIPOLL (limitar los gastos de los "Lander" al ser retribuido el cargo de tutor) (20), suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad, y sustituye la incapacitación de los mismos por lo que denomina "**Betreuung**", palabra de difícil traducción al castellano, pero que viene a significar "**asistencia**", cuando las personas mayores de edad, por deficiencias psíquicas o incluso de orden meramente físico, no pueden ocuparse de sus propios asuntos. Como dice SANTOS MORON (21) "la principal finalidad de la reforma ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados

físicos y psíquicos, garantizar el respeto a sus derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación". Por eso uno de los principios que inspiran esta nueva regulación legal es el denominado "**principio de necesidad**", por lo que sólo debe imponerse a un sujeto un "**Betreuer**", un asistente, "cuando sea estrictamente necesario, esto es, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo". Y así no entra en juego esta institución de la "asistencia" "cuando el propio individuo, previendo su posible incapacidad, ha otorgado un poder de representación a un tercero para que se ocupe de gestionar sus asuntos". La misma GARCIA-RIPOLL nos recuerda que "en el desempeño de sus funciones el **Betreuer** (asistente) debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado", bien que "no es concebido sólo como bienestar físico y social sino también como bienestar psíquico", dándose especial importancia "a la posibilidad del sujeto de tomar sus propias decisiones".

Con este telón de fondo alemán, quiero hacer las reflexiones que siguen sobre el sistema español, tanto en cuanto a las últimas novedades de nuestra legislación, como en cuanto se puede prevenir hoy con la legislación actualmente vigente.

**B.- LOS PODERES PREVENTIVOS:**

Hasta la Ley citada de 18 de noviembre de 2003, el artículo 1.732 del Código civil decía que "el mandato (y en general, aunque no sea exacto, se identificaba este "mandato" con lo que llamamos "poder") se acaba: 3º Por ... incapacidad (...) del mandante (...)".

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

Ya con tal texto surgió la idea de que era posible un poder que no se acabase, que no se extinguiese, por la "incapacidad" del poderdante. Los argumentos, brevemente, eran los siguientes:

-Que el artículo 1.732 hablaba de "incapacitación", por lo que si el poderdante devenía incapaz, pero no se instaba su incapacitación judicial, el poder seguía vigente. Tesis de RIVAS MARTINEZ, CAMPOVILLEGAS Y MARTINEZ DIE (22), fuertemente criticado por CAMPO GÜERRI (23).

-Y que la causa del poder podía ser el mandato, pero también podía tener su causa en otras razones válidas, como lo es la propia posible incapacidad, por lo que no se acabaría si el poderdante había previsto su continuidad en caso de incapacidad. Tesis defendida por mí mismo en una conferencia dada en Sevilla, también de la mano de la Fundación AEQUITAS.

El mundo judicial, sin embargo, se mostraba reticente, pues al no poder ser revocado el poder por quien lo confirió, parece que se daba un poder irrevocable al apoderado, contra la esencia del mandato. Pero tales reticencias se fueron diluyendo con base en dos argumentos:

**a).**- Que la revocación era posible por medio de la incapacitación de quien dió el poder, con el correspondiente nombramiento de un tutor sujeto al control judicial, y tutor que podría revocar el poder si la actuación del apoderado se consideraba perjudicial para el poderdante ya incapacitado.

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

b).- Y que ya existía una situación análoga a la del incapaz, persona capaz que "se ausenta" de este mundo consciente por su enfermedad. Se trata de la figura del "ausente", a que se refiere el artículo 181, párrafo 1º, del Código civil, diciendo: "En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido..." Y precisamente acaba este párrafo estableciendo que tal defensor judicial, figura similar a la del tutor, no será necesario nombrarla cuando el ausente estuviese representado legítima o voluntariamente: **¡cuando tuviese un apoderado con poderes suficientes!**.

Tal situación de disputa jurídica se ha solventado al aprobarse la repetida Ley de 18 de noviembre de 2003, ya que modifica el citado artículo 1.732 del Código civil, el cual pasa a decir que: "El mandato se extinguirá, también (además de la revocación, renuncia, muerte, etc...), por la incapacitación sobrevenida del mandante **a no ser que** el mismo se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste". Y añade, para resolver otro problema ya dicho: "En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

Pretendo sacar a continuación **consecuencias prácticas** de tal normativa; pero también aunque sea brevemente, dejaré constancia de **algunos problemas** que el precepto deja sin resolver:

-Sigue siendo dudoso si, al referirse a la "incapacitación sobrevenida" del mandante, se refiere al hecho de la incapacidad o a la declaración judicial de la misma.

-Y en cuanto a los poderes otorgados con anterioridad a la nueva Ley, e incluso siendo ésta ya vigente, sin establecer taxativamente que subsistirá pese a la incapacidad, parece que ha de estarse a la voluntad del mandante, que ha podido reflejarse fuera del poder mismo, cabiendo pruebas escritas e incluso testificales.

Aparte de tales problemas, yo en forma más positiva veamos cuáles pueden ser, e incluso cuales convienen que sean, las virtualidades prácticas de estos poderes. Y para ello me voy a referir a tres momentos: su inicio, su vida o alcance mientras dure, y su extinción.

#### **1.- Inicio de la vigencia del poder:**

Muchas veces ocurre que las personas adultas que, prudentemente, contemplan la posibilidad de una futura incapacidad o discapacidad psíquica, quieren dejar previsto el cuidado de su persona y bienes, pero al mismo tiempo, igual que no quieren la "eutanasia activa", tampoco quieren una prematura dejación de su propia responsabilidad y autonomía. Por eso otorgan un poder para tal supuesto, pero deben indicar en estos casos cual será el inicio de la eficacia del poder conferido.

Mi experiencia profesional me ha hecho ver que la necesidad de fijar tal inicio va en relación directa con la

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

relación familiar o de confianza que el poderdante tenga con el apoderado. Por ejemplo:

-Es corriente que tratándose de **personas casadas** (¡y bien avenidas, que de todo hay!), se otorguen poderes mutuos y de contenido amplísimo, poderes que entre los esposos tienen ya una eficacia inmediata, y que perdurará en el que quede capaz sin solución de continuidad; pero al mismo tiempo suelen prever, **si tienen hijos**, que éstos devendrán apoderados cuando el último de ellos no pueda actuar, estableciendo generalmente que tal situación de incapacidad será apreciada unilateralmente por los propios apoderados, aunque limitando su autonomía haciendo apoderados a todos los hijos mancomunadamente, para que actúen todos de consuno unas veces, o para que actúen por mayoría otras, estableciendo los supuestos en que será precisa la unanimidad o la simple mayoría.

-Y en las **personas solteras, o solas** por decirlo de forma más genérica, los poderes suelen tener, e incluso conviene que tengan, más matizaciones a la hora de fijar el momento del inicio de la eficacia del poder. Mi recomendación para tales casos es que si el poderdante quiere retrasar hasta tal momento el inicio de la vigencia del poder, haga referencia al dictamen de un médico previamente designado, o a la decisión de personas de su confianza, que actúen a modo de Consejo de Familia o de Consejo de Amigos del poderdante, o a la decisión de una Fundación Tutelar..

No quiero dejar de tocar aquí un problema que puede surgir en cualquier caso, pero más concretamente en el de las personas solas, y es el del **conocimiento de la existencia misma del poder**, porque aquí, a diferencia de lo

que establece el Código civil para la auto-tutela, como luego veremos, no se prevé ninguna inscripción en el Registro Civil. Y sin embargo entiendo que tal inscripción, si es solicitada en el propio poder por el poderdante, se podrá realizar; pero otra cosa será que el apoderado nombrado acuda a tal Registro para saber si lo es, como ahora tiene obligación de consultarlo el Juez para nombrar tutor. Por ello, en la práctica, parece que el camino de publicidad más adecuado será la propia comunicación del poderdante, cuando todavía es capaz, sea al apoderado, sea a otras personas o instituciones de su confianza, de lo que ya ha dispuesto.

## **2.- Alcance del poder:**

El artículo 1.752 del Código civil, en su actual redacción, no establece límite alguno a las facultades que el poderdante pueda conceder al apoderado. Por ello puede tener muchas más facultades que las que tiene el tutor, y sin las limitaciones que el control judicial establece en el ejercicio de la tutela: por ejemplo, si el poderdante quiere, puede facultar para vender bienes inmuebles sin que se precise de ningún control judicial. Otra cosa será la responsabilidad que se le exija si ejercita deshonestamente el poder, por el tutor del poderdante si acaba por ser nombrado, o por sus herederos en el momento de su fallecimiento. Precisamente por esto llega a la conclusión SANTOS URBANEJA (24), como antes dije, de que hemos pasado de la anterior tutela familiar, y luego judicial, al sistema de "auto-tutela", pudiéndose, con una buena previsión en tiempos de capacidad, hacer innecesaria la tutela propiamente dicha y, sobre todo, esa previa

"incapacitación judicial" tan irritante para muchos, incluidos los cercanos al incapaz.

Pero lo que me interesa aquí es reflejar el posible contenido de estos poderes en cuanto a facultades del poderdante, casi siempre de carácter económico, ya que también pueden figurar instrucciones concretas sobre el cuidado del poderdante. A ellas me referiré al hablar de la auto-tutela, aunque ya puedo adelantar que tales instrucciones pueden versar sobre la forma de cuidar de la persona, del lugar donde ha de ser atendido, de las retribuciones a los apoderados, en cuanto sean administradores de sus bienes, de los servicios que debe recibir, incluidos religiosos, estableciendo limitaciones en cuanto a la administración de los bienes que tiendan al cumplimiento de tales instrucciones: es claro, v.gr., que si ordena ser atendido en su domicilio, dará los correspondientes poderes de orden económico para que la vivienda donde habita no se pueda vender, salvo con reserva del usufructo vitalicio...

### **3.- Extinción del poder:**

Hemos visto como una de las razones que algunos autores esgrimían para no admitir la subsistencia del poder cuando el poderdante o mandante caía en la incapacidad, era que tal hecho convertía al poder en irrevocable, pese a la naturaleza esencialmente revocable del mandato. Y hemos visto como la nueva redacción del artículo 1.732 ha convertido en errónea tal argumentación. Siguiendo el criterio de la doctrina más solvente, el mandato en estos casos sigue siendo revocable: lo que ocurre es que tal revocación deberá realizarse en virtud de resolución



**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

judicial, como dice ahora el repetido artículo del Código civil, "al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

Creo, de todas formas, que **se pueden distinguir varios supuestos:**

**a).-** Que no se dicte ninguna sentencia de incapacitación, y por consiguiente no se constituya la tutela. En este caso, si alguien observa el comportamiento anormal del o de los poderdantes, por ejemplo quienes se crean posibles herederos por serlo en caso de ausencia de testamento, o por ser legitimarios, podrán, e incluso deberán, comunicarlo al Ministerio fiscal, para que éste, en su función de defensor de los débiles, tome las medidas oportunas, entre las que estará la constitución formal de la tutela.

**b).-** Que en el caso de delación o constitución de la tutela, pero con previsiones del propio poderdante sobre la misma, en el caso de la auto-tutela que luego examinaremos, incluso nombrando tutor al propio apoderado, y dando al tutor las mismas facultades que a éste, o incluso estableciendo en la previsión de auto-tutela que se respete el poder concedido, no parece que se pueda revocar el poder "por resolución judicial dictada al **constituirse el organismo tutelar**".

**c).-** Y que en el caso de revocación del poder por "posterior instancia del tutor", no cabe duda de que así podrá hacerse, pero tal revocación no será automática por la sola pretensión del tutor nombrado, y máxime si tal tu-

tor no había sido propuesto por el propio incapacitado, sino que la resolución judicial de extinción del poder deberá estar motivada, y fundada en los perjuicios que al incapaz está ocasionando la actividad del apoderado.

Se trata, en definitiva, de buscar siempre una solución lo más favorable al respeto a la voluntad que expresó en su día, siendo capaz, el que ahora ha devenido incapaz o discapacitado. Algo así como lo que en Derecho penal se quiere decir con el axioma "in dubio pro reo"...

**C.- LA AUTO-INCAPACITACION:**

Cuenta MARTINEZ DIE (25) que la gran laguna de la reforma de la tutela del año 1983, dejando sin incluir la auto-tutela, se debió al planteamiento del diputado PEREZ ROYO al defender una enmienda presentada por su partido, conectando incapacitación y tutela, promoviendo la posibilidad de que el mismo incapaz pudiera promover su propia incapacidad y articular su propio sistema tutelar: "al quedar conectadas en la enmienda la auto-solicitud de incapacitación y la autotutela, el rechazo de aquella ocasionó el de ésta, aunque ni siquiera se llegó a debatir sobre el particular".

Lo cierto es que se trata de cosas bien distintas, como demostró el Código de Familia Catalán aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, que en su artículo 172 hace posible la auto-tutela sin que para nada prevea la posibilidad de auto-incapacitación. Y es que, como decía, son cosas lógicamente distintas, siendo claro que puede existir una auto-tutela sin auto-incapacitación, e incluso una auto-incapacitación sin auto-tutela, porque el que promueve el

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

hecho de su incapacidad, si antes no lo había hecho, ya no es capaz de auto-tutelarse...

Hoy la Ley repetida del año 2003, reforma el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nos dice que: "la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz", además claro está de su cónyuge o "pareja de hecho", descendientes, ascendientes y hermanos...

Indudablemente esta posibilidad de auto-incapacitación implica el reconocimiento de un cierto grado de capacidad, incluso de un indudable examen introspectivo que nos hace ver nuestro declive hacia una incapacidad más severa. Grado de capacidad y consiguiente grado de incapacidad que deberá ser fijado luego en la correspondiente sentencia judicial. Incluso podríamos estar ante influencias externas al propio capaz-incapaz, al que parientes y prójimos no cesan de decirle cómo está perdiendo sus facultades mentales...

Por todo ello entiendo que esta posibilidad abierta a la auto-incapacitación:

a).- Debe ser observada en principio como **excepcional**. Se trataría tan sólo de casos en que el propio incapaz no tenga conciencia de algunas cosas, pero sí de otras, como la de su misma incapacidad.

b).- Debe ser **atentamente observada por el juzgador**, que puede llegar a ver en ella una mera dimisión del hecho de ser persona, a modo de "suicidio civil", que eso sí que no está permitido.

c).- **No puede condicionar las previsiones tomadas por la propia persona** para el caso de incapacidad en relación con la auto-tutela, de que luego hablaré, o en relación con los poderes preventivos, de que ya he hablado, en los que ya hubo al menos un juicio de capacidad emitido por el Notario autorizante.

d).- Y debe ser **modulada por el juzgador**, ante la evidencia de una cierta capacidad, estableciendo nítidamente las materias en que el incapaz todavía sigue siendo capaz, hasta llegar incluso a limitarse a nombrarle un curador para asuntos económicos, dejándole libertad o autonomía en otros campos, e incluso una cierta libertad en lo que es la economía o gasto personal del incapacitado.

En todo caso me parece que esta auto-incapacitación va a ser un supuesto enormemente extraño o inhabitual, al menos en el ámbito social y de conocimiento de las personas adultas que van camino de la incapacidad en el que me he movido durante largos años. Y cuando surja el caso, creo que debe ser examinada con la más esmerada atención.

**E.- LA AUTO-TUTELA:**

El Defensor del Pueblo, en su recomendación al Ministerio de Justicia, en el año 2000, pedía que "se considere la conveniencia de regular expresamente la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Cataluña". Y decía además otra cosa,

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

que no debo desarrollar aquí, pero que creo procedente repetir dada su importancia:

"Que se estudie la posible modificación de la legislación penal al objeto de dar una mayor protección a las personas mayores dependientes cuando son víctimas de hechos delictivos, en especial a través de la consideración que debe darse a la vejez en el marco de la regulación de la agravación de la responsabilidad penal"... ¡Cuántas veces me acuerdo de alguna persona mayor agobiada por el pago de unas letras de cambio firmadas para la compra de algo absolutamente inútil para ella!.

Pues bien, esta recomendación del Defensor del Pueblo viene recogida en la repetida Ley 41/2003, de 18 de noviembre, diciendo ahora el Código civil en su artículo 223:

"Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizan-

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

te al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo".

Y el artículo 234 del mismo Código ha pasado a decir que "para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º.- Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo 2º del artículo 223" antes citado.

Dejaré aparte la anómala mención del Registro de Actos de Última Voluntad, que podrá consultar el Juez para saber si existe un testamento, pero sin que luego pueda, según mi criterio, conocer el contenido del mismo, (¿o tal mención abre el camino a la falta de secreto del testamento de una persona viva?), y así de esta nueva regulación me interesa destacar la amplitud con la que se establece el posible contenido del documento público notarial en que se designa al tutor, según voy a desarrollar a continuación; pero recordando además lo que dije anteriormente al hablar de los poderes preventivos: que el contenido de este documento público notarial regulando la tutela, puede también transplantarse al establecer aquellos poderes preventivos.

Efectivamente, en este documento público, además de designar al tutor podrá, como dice el artículo 223 del Código civil, antes citado "adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes...". Y así:

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

1.- En el **ámbito institucional**, o de organización de la tutela, "establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos", incluso con el alcance sustitutorio de las autorizaciones judiciales como ya hemos visto.

2.- En el **ámbito patrimonial** entiendo que el documento público notarial de autotutela podrá establecer las mismas facultades de administración y de disposición que se pueden dar en un poder cualquiera, incluidos los poderes preventivos antes vistos.

Precisamente por las rémoras que puedan suponer cualquier necesidad de autorización, sea judicial o no, cuando el tutor sea persona de la absoluta confianza del auto-tutelado parece conveniente añadir al documento de auto-tutela otro que contenga poderes preventivos, respecto de los cuales existe una mayor libertad, y respecto de los cuales no habrá más restricciones que las establecidas en la Ley para casos especiales. Por ejemplo, el artículo 1.459 del Código civil prohíbe "adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia: 1º.- Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que están bajo su guarda o protección".

3.- En el **ámbito personal** es donde a la hora de la realidad práctica nuestra Sociedad está más retrasada. Por eso quiero recordar aquí lo ya dicho al comentar la nueva legislación alemana, según Ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

Y al socaire de lo dicho, entiendo que el documento público notarial de auto-tutela puede contener muchos mandatos e instrucciones en este ámbito del cuidado personal del auto-tutelado. Así:

a).- Podrá establecer el lugar donde, dentro de sus posibilidades económicas, y de la realidad de los sistemas públicos de atención, desee vivir.

b).- Podrá, con igual respeto a sus posibilidades económicas, señalar las personas que preferentemente se hayan de ocupar personalmente de él, o sus características fundamentales, como ser hombres o mujeres, cristianos o de otra religión, hablante en determinada lengua cuando no sea la común castellana, etc...

c).- Podrá, con igual respeto a sus posibilidades económicas, fijar las retribuciones que deban recibir las personas a su servicio, y especialmente lo que debe recibir la persona física o Fundación tutelar ocupada de su tutela.

d).- Podrá señalar sus criterios sobre cuidados sanitarios estableciendo su voluntad anticipada al respecto (testamento vital), así como la persona o personas, incluso diferente del tutor, que se ocupen de su cumplimiento.

e).- Podrá, en fin, establecer sus previsiones religiosas, sobre asistencia a lo largo de su vida y, sobre todo en el momento de su muerte...



**F.- EL TESTAMENTO:**

Por último, y ya brevemente, la persona mayor que prevea sobre su posible incapacidad futura, también puede tomar previsiones en relación con su propio testamento.

Efectivamente, no es raro que una persona adulta acuda para nombrar tutor a quien ya ha convivido con ella a lo largo de su vida. Y el ejemplo típico es el de la hija que cuida a sus padres hasta el final de sus días, incluso sin llegar a formar su propia familia. Y no es raro que en tales casos la propia persona atendida quiera dejar algo especial en su testamento a favor de quien se sacrificó por ella.

Pues bien, si tal persona adulta prevé su incapacidad, antes de que sea tarde, también debe adoptar las medidas adecuadas otorgando su testamento si no lo ha otorgado antes, mientras conserve su capacidad. O modificar el testamento que otorgó en su madurez o juventud sin prever lo que ha pasado posteriormente a lo largo de su vida.

No es raro en tales casos que además de esa persona, he citado a la hija, incluso a la hija soltera, existan además otros descendientes a los que también quiere beneficiar. Mi recomendación para tales casos (26) es que, asesorado por el Notario o jurista práctico a quien recurra, nombre a tal hija, por seguir con el ejemplo puesto, heredera fiduciaria de lo máximo posible de su herencia, con plenas facultades para enajenar y consumir lo heredado, incluso por vía de donaciones o de testamento en todo o en parte, y nombre herederos fideicomisarios de lo que quedara a su fallecimiento a los otros hijos, que así lo recibirán, a

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

efectos fiscales mucho más beneficiosos, como herencia de sus padres y no de su hermana...

**G.- OBSERVACION FINAL:**

Después de todo lo expuesto, creo que dictada la Ley 41, de 18 de noviembre de 2003, posiblemente sin percibir todos los caminos que abría, se puede decir que ha quedado profundamente modificado el sistema tutelar español, en consonancia con lo que venía ocurriendo en países de nuestra órbita occidental, y precisamente en consonancia con un fortalecimiento de la familia, sacándolo de la fiscalización de la Administración Pública, tan sólo reservada a las anomalías que se produzcan.

Hoy en día, con unas previsiones adecuadas en materia de poderes preventivos y de auto-tutela, incluso sin tener que recurrir a la auto-incapacitación, parece que se puede hablar en este terreno de una amplia autonomía de la voluntad y auto-composición de intereses. Así tan sólo cuando aparezcan patologías en este mundo tan íntimo, habrá que dar entrada a la Administración de Justicia: Jueces y Fiscales.

Y en cuanto a las previsiones de la futura **Ley de autonomía personal y atención a las personas dependientes**, todavía en mero anteproyecto, no parece prudente comentarlas. Pero de su orientación basta decir en estos momentos que establece compensaciones económicas por cuidados en el ámbito familiar siempre que se den las circunstancias familiares y de otro tipo adecuadas para ello, y **de modo excepcional, el beneficiario podrá optar por ser atendido en su ámbito familiar, y su cuidador reci-**

**JOSE-MARIA SEGURA ZURBANO**  
**NOTARIO HONORARIO**

**birá una compensación económica por ello, siempre que este cuidador esté dado de alto en la Seguridad Social.**

La ley prevista entraría en vigor en el año 2007, previéndose que para el año 2015, funcionando el plan a pleno rendimiento, 1.373.000 personas que no puedan valerse por sí mismas estarán cubiertas con una docena de servicios públicos y concertados, y su coste habrá sido de 25.000 millones de euros...

En fin, yo creo que el Talón de Aquiles del proyecto en ciernes, que hace hincapié en la ayuda económica en lugar de en la potenciación de la familia, estará en su financiación, ya que está andando hacia el punto de donde los alemanes ya están volviendo... Precisamente en estos días leía en la prensa diaria una noticia procedente de Alemania. Decía así: "socialdemócratas, democristianos y verdes batallan por igual por defender mejor la recuperación de la familia como valor social". Al frente del Ministerio impulsor, Ministerio Federal de Familia, Mayores, Mujeres y Jóvenes, hay una Ministra, URSULA VON DER LEYEN, con siete hijos...

## NOTAS

(1) "Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección", Rev. "La Notaria", febrero de 2000, pg. 19.

**(2) Loc. cit., pg. 23.**

**(3) "Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial", Anales de la Academia Sevillana del Notariado, año 1995, pgs. 196 y 197.**

**(4) "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela", ed. Tecnos 1986, pg. 186.**

**(5) MARTINEZ DIEZ, loc. Cit., pg. 20.**

**(6) Citado por VENTOSO, "La reforma de la Tutela", Madrid 1985, pg. 17, nota 20.**

**(7) Id.**

**(8) "Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia", Ponencia en el XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal 1986, publicación del Consejo General del Notariado, pg. 152.**

**(9) "Familia y Derecho: Las líneas de inspiración de la Reforma del Código Civil en materia de Tutela", pg. 251.**

**(10) "Fundamentos de Derecho Civil", T. IV, vol. II, ed. Bosch, Barcelona 1970, pg. 367.**

**(11) Revista de la Abogacía Española, número 35, monográfico, de Diciembre de 2005, pág. 32.**

**(12) Loc. cit., pg. 153.**

**(13) "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela", Ed. Tecnos 1986, pg. 227.**

**(14) Loc. cit., pg. 179.**

**(15) PRADA GUAITA, loc. Cot., pg. 213.**

**(16) Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. 26, pg. 417.**

**(17) Loc. cit., pg. 187.**

**(18) Citado por LEÑA FERNANDEZ, loc. Cit., pg. 165.**

**(19) Loc. Cit. pág. 32.**

**(20) GARCIA-RIPOLL, Actualidad Civil, nº 21, 24 al 30 de mayo de 1999, pg. 558.**

- (21) “Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen”, Escuela Libre Editorial (Fundación ONCE), Madrid 2000, pgs. 17, 18 y 20.
- (22) MARTINEZ DIE, loc. cit., pg. 38.
- (23) Revista Jurídica del Notariado nº 34, Abril-Junio 2000, pgs. 21 y 22.
- (24) Loc. cit. pág. 32.
- (25) Loc. cit. pág. 25.
- (26) Ver mi pequeño artículo en la Revista NOTARIO, del Colegio de Madrid, número 5 (Enero-Febrero 2006), páginas 63 a 65.