

## PRÓLOGO

He de comenzar expresando la satisfacción que me produce prologar un libro de Cristóbal Fábrega. Y es que Cristóbal pertenece, desde hace tiempo, a ese grupo de fiscales que abrazaron la causa de los discapacitados, no solamente por exigencias de su ocupación profesional, sino, por encima de ello, por una vocación plena y acendrada. Una vocación y una entrega, puesta de manifiesto por el autor al que prologo, no sólo en su ejercicio profesional, sino también en sus publicaciones, escritos, conferencias y asistencia a jornadas, simposios y congresos, y así mismo en su incondicional disposición a colaborar con asociaciones y fundaciones que tienen por objeto, bien como estudio o como práctica, la protección del discapacitado. Conozco, estimo y admiro profundamente a los que componen este grupo en mi tierra andaluza y los he calificado, expresa y reiteradamente, como un lujo del Ministerio Fiscal en Andalucía. Y me honro, además, con la amistad de Cristóbal, del Fiscal Fábrega como me gusta llamarle cuando lo nombro en alguna conferencia o lo cito en algún escrito o publicación.

El autor de este libro ingresó en la carrera Fiscal en 1988, pero fue en Jaén, el año 1995, al ser nombrado Fiscal encargado de Incapacitaciones, Tutelas e Internamientos, cuando dió comienzo a lo que después sería una entrega apasionada y fructífera, tanto de hecho como de Derecho, a la causa de los discapacitados. Y es que esta causa “engancha”. Lo sabemos bien los que, por el motivo que sea, profesional o no, llegamos un día hasta sus umbrales. Después de aquel primer “encargo” profesional, durante un tiempo corto (1999 a 2001) fue Fiscal Coordinador de Menores, hasta que, en el año 2001, fue nombrado Fiscal Coordinador de la Sección de Protección a la Persona con Discapacidad, todo ello en Jaén. Durante todo

este tiempo, su actividad docente e investigadora así como sus ponencias, conferencias, escritos y publicaciones, conforman un curriculum impresionante. Aunque sus estudios y publicaciones comenzaron a ver la luz en el año 1992, es en el año 1997 cuando realiza su primera publicación sobre el tema de la discapacidad, con un título tan sugestivo como “La crisis de los modelos clásicos de protección de incapaces”. Y es que, al Fiscal Fábrega, nunca le ha gustado caminar por senderos trillados. Por forma de ser y por convicción, estimó siempre (y sigue estimándolo) que la causa del discapaz requiere caminos variados, flexibles y anchos y no estrictos y uniformes corsés jurídicos que coartan, en vez de ensanchar, las posibilidades de integración y de crecer como personas, de un colectivo tan amplio como es el aquejado por alguna clase de discapacidad. Desde aquella publicación de 1997 hasta la presente de 2006, más de doce artículos en revistas y tres libros, sobre el tema de protección de menores, discapacitados y personas de la tercera edad, han visto la luz con su firma. Y ello con independencia de otros escritos y publicaciones sobre distintas materias jurídicas relacionadas con el ejercicio de su profesión.

En este libro, el Fiscal Fábrega, aborda, con mucho más contenido, profundidad y extensión, una materia que ya tocó en una ponencia presentada en las Jornadas sobre el Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces, celebradas en Noviembre de 1997 en Madrid, así como en un trabajo publicado, el año 2004, en el Libro Homenaje al profesor Manuel Albadalejo García (Tomo I). En las páginas que siguen, el autor trata la guarda de hecho desde un doble punto de vista: 1º) El antes enunciado de buscar caminos anchos y flexibles para proteger los intereses personales y patrimoniales del discapacitado, en todos los supuestos y situaciones en que éste pueda encontrarse y no solo en los estereotipados jurídicamente, porque, como señala el autor, hay que extender los supuestos de discapacidad a todos aquellos casos en que la persona “debe hacer más de lo que puede”, y, para cada uno de ellos, habrá que buscar el mecanismo adecuado de protección; 2º) El convencimiento de que la guarda de hecho es una figura utilísima para el discapacitado, en algunas de las distintas situaciones concretas en las que éste se puede encontrar en las que no hay un tutor o curador legal, y que son mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer (quizás motivado ello por ignorancia jurídica de los padres y por un

rechazo de estos hacia un procedimiento, siempre doloroso y traumático, como es el de la incapacitación). Es por esto, por lo que hay que buscar solución a los múltiples problemas que plantea la escasa e insuficiente regulación legal de la figura.

Comienza el autor tratando de concretar, jurídicamente, la figura del guardador de hecho, optando por una configuración amplia, tanto en lo que se refiere a sus funciones, como a los casos que pueden encuadrarse dentro de ella, como a las esferas del discapacitado a las que se extiende su posible protección, buscando, sobre todo, la utilidad de la figura en aras al interés supremo que se trata de proteger y que no es otro que el del discapacitado. En este sentido, Cristóbal Fábrega afirma categóricamente, en un lugar de este su libro, que estamos en presencia de una institución “con una inmensa fuerza para solucionar los múltiples problemas que surgen en la protección y guarda de personas necesitadas de la misma”.

A renglón seguido, se enfrenta con el primer problema: la constatación, en el mundo jurídico, de la existencia de una guarda de hecho concreta, para que, así, pueda producir los efectos prácticos que de ella deben derivarse. Estudia el autor, en este punto, las distintas fórmulas o soluciones propuestas por la doctrina y, en esta materia, es obligado hacer una referencia a la fórmula, respecto a la cual, el autor y el Fiscal Santos de Córdoba, con la valentía y rigor jurídico que les caracteriza, han sido verdaderas puntas de lanza en su introducción: el Decreto del Ministerio Fiscal dictado en un expediente informativo.

En cuanto al funcionamiento de la institución y sus relaciones con la autoridad judicial, el autor desgana las distintas teorías y posibilidades, realizando en este apartado un estudio detallado del nuevo párrafo que la Ley 41/2003 añade al artículo 239 del Código civil, para concluir decididamente –respecto a la situación que contempla el citado párrafo y poniendo así en valor (como ahora se dice) la figura que se estudia– que, si el discapacitado “está atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que haya desamparo a los efectos de la tutela automática por parte de la administración”. Con relación al párrafo referido, termina el autor poniendo el dedo en la llaga al decir que “Ya veremos lo que da de sí este nuevo precepto en la protección de los discapacitados, pero mucho nos tememos que, dada la falta de una estruc-

tura similar a la que existe en materia de menores, son más las espectativas que despierta que el juego que puede dar en realidad”.

Se ocupa Fábrega, en otra parte del libro, de los actos del guardador de hecho que realice en interés de éste, en el campo patrimonial o personal del mismo. El autor trata de desentrañar, en una interpretación favorable a los intereses del discapacitado, los inexplicables intringulis jurídicos del artículo 304 del Código civil. Y después, con referencia a las actuaciones que puede realizar el guardador y que afecten a la esfera personal del discapacitado, se ocupa de un aspecto particular de tanto interés práctico como el relativo a los tratamientos médicos que éste puede necesitar, estudiando, al efecto, los preceptos que dedica a la materia la Ley 41/ 2002 de Autonomía del Paciente. Concluye el autor, esta materia, aportando las soluciones dadas por distintos Tribunales, en los casos concretos que se les han planteado de actuación de un guardador de hecho, bien en la esfera patrimonial o bien en la personal del guardado discapaz.

La última parte, quizás la de mayor extensión, contiene un utilísimo y profundo estudio en materia de responsabilidad civil y penal del guardador, en el que el autor aporta y analiza una extensa y bien escogida jurisprudencia, denotando aquí, como no podía ser menos, la visión de un expertísimo profesional de la Administración de Justicia, que se mueve en esta materia como pez en el agua.

Sólo me queda felicitar al Fiscal Fábrega por este trabajo, alegrarme de su publicación y del premio, no sólo como Patrono de la Fundación Aequitas sino, sobre todo, como amigo. Y desearle, de corazón, muchos éxitos y una larguísima vida para bien de los justiciables y de cuantos se encuentran afectados por algún tipo de discapacidad.

**Rafael Leña Fernández**

*Notario jubilado*

*Patrono de la Fundación Aequitas*

*Miembro de la Real Academia Sevillana  
de Legislación y Jurisprudencia*