

Lección 1

Introducción

La figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social, hasta tal punto que en el Anteproyecto privado de reforma dirigido por Díez-Picazo se expresaba la convicción de que la mayoría de los casos de protección se ejercían a través de esta figura¹. Esta extensión se debe, fundamentalmente, a la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento por parte del ciudadano de a pie². Son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable. Es precisamente antes de que se declare la incapacitación cuando la guarda de hecho alcanza su principal incidencia. Pero éste no es su único campo de actuación porque, como veremos, también puede surgir en casos de desaparición del tutor o abandono del pupilo por el mismo. Incluso, algún autor se ha planteado, sobre todo en el caso de los ancianos ingresados en residencias, si en determinados supuestos se podría obviar el procedimiento de incapacitación permitiendo

¹ Indicaba textualmente el Anteproyecto: «Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida, por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo». En igual sentido se manifiesta Zurita Martín, I. «Protección civil de la ancianidad», Dykinson, Madrid 2004, pág. 172. Esta autora destaca como esta figura es hoy especialmente abundante en el campo de la ancianidad, un campo que está en un continuo aumento debido al desarrollo de la esperanza de vida experimentado en los últimos tiempos.

² Existe también un rechazo por los padres a todo lo que supone el proceso de incapacidad sobre todo al hecho de tener que demandar a un hijo. Sobre esta sensación puede verse Corral Beneyto, R. en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Fundación Aequitas, Madrid 2004, págs. 235 y ss.

que la guarda del anciano se ejerciera a través de esta institución con el pertinente control judicial³. Como hemos defendido en diferentes lugares⁴, para graduar la capacidad y comprobar la afectación del autogobierno, como elemento fundamental de las causas de incapacitación, es necesario poner los efectos que la enfermedad origina con las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz⁵. Para determinar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse qué necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Sólo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacitación, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo. En otro caso no se darán los requisitos del art. 200 CC.

³ Díaz Alabart, S. (Directora), «*La protección jurídica de las personas con discapacidad*», página 45 del ejemplar informático.

⁴ Fábrega Ruiz, C.F.; «*Protección Jurídica de la Tercera Edad*», Colex, Madrid 2000, págs. 75 y ss. También puede verse Santos Urbaneja, F.; «Actuaciones del Fiscal a raíz de la comunicación prevista en el artículo 203 del Código Civil. Posición del Fiscal. Fundamento de su actuación. Las diligencias preliminares» en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VII/1997*, págs. 37 y ss. Se enmarca este planteamiento en lo que la doctrina alemana ha llamado el *principio de necesidad* por el cual solo debe incapacitarse a un individuo cuando sea estrictamente imprescindible, es decir, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo.

⁵ En este sentido, resulta clarificadora la SAP Navarra (Secc. 3ª) de 30 de abril de 1999 cuando dice que: «*Por la doctrina se considera que gobernarse a sí mismo significa referirse al comportamiento normal que tiene una persona en términos generales, no en determinados aspectos concretos, o por ser más preciso, el impedimento para gobernarse a sí mismo supone la discordancia del sujeto con el molde social de comportamiento, que no supone que el sujeto no pueda gobernarse por sí mismo en un sentido abstracto, sino que no puede gobernarse, no puede actuar, de acuerdo con los principios del funcionamiento social del marco en que se encuentra. Al hilo de esto, es importante subrayar que la enfermedad o deficiencia no interesa tanto por sí misma y en su causa, cuanto por el efecto que produce en la persona en cuestión, es decir, nos encontraremos con una causa de incapacitación si la enfermedad impide a la persona autogobernarse, al ser esa ineptitud, más que la causa, lo que va a determinar que el enfermo se vea privado de su capacidad*».

Supongamos una persona humilde que carece de bienes, vive en un pueblo donde todos le quieren, y administra bien una pensión que recibe, ahorrando incluso. O un anciano internado en una residencia, sin bienes en el exterior, cuya pensión va al pago de la misma, quedándole solo unas pesetillas para sus pequeños gastos. En estos casos, la declaración de incapacidad no viene a proteger nada que no este ya protegido, no reporta ningún beneficio, provocando el perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas). Esto no quiere decir que ese anciano se encuentre totalmente desprovisto de la pertinente protección judicial, sino que tenemos la posibilidad de hacerlo a través del control judicial de la guarda de hecho que realiza el Director del establecimiento residencial.

Sabemos que la regla en nuestro derecho es la presunción de capacidad en tanto no se decreta la incapacitación, de donde se infiere que la sentencia de incapacitación es constitutiva y de eficacia irretroactiva. Por ello, sólo podemos hablar de la discapacidad no decretada como situación fáctica y nunca como estado jurídico, por lo que podemos obtener dos consecuencias⁶:

1ª. Que la discapacidad como hecho sólo puede darse antes de haberse iniciado el proceso de incapacitación, por lo que es incorrecta la nomenclatura legal que utiliza la misma expresión –presunto incapaz– para referirse a dos hipótesis totalmente distintas: la de los afectados por un proceso de incapacitación y la de los discapaces antes de haberse iniciado proceso alguno.

2ª. Que el régimen de la guarda de hecho está especialmente diseñado en contemplación -valga la redundancia- del discapaz de hecho, lo que

⁶ Martínez Díe, R.; «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección» en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid 1999, pág. 198.

implica un reconocimiento de que la incapacidad no decretada puede llegar a crear un estado de cosas susceptible del amparo de una tutela fáctica que, como tal, tiene que gozar de una cierta posesión de estado.

Como indica Gete-Alonso y Calera, la guarda de hecho se delimita como una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás. La misma no exige que todo el proceso desemboque en una incapacitación judicial y, en muchos casos de personas ancianas, no ocurre así⁷.

A pesar de esa gran trascendencia práctica, son pocos los casos de guarda de hecho que han llegado a los Tribunales, debido sobre todo al desconocimiento por parte de los organismos formales de la existencia de los mismos. Del mismo modo, la parca regulación de la misma hace que los juristas prácticos sean reacios a utilizarla ante las dudas y la inseguridad jurídica que provoca, clamando de forma unánime la doctrina por una regulación mas completa y acabada.

A estas dificultades se añade el que parece que el Derecho mira con desconfianza a los guardadores de hecho por la inexistencia de un control sobre los mismos. Lasarte⁸ la llama «*mecanismo protector de los más humildes económicamente*» y propugna que el acercamiento a la misma este inspirado en la consideración y el encomio al guardador de hecho que, sin obligación alguna, asume las responsabilidades inherentes a la labor tuitiva.

⁷ Gete-Alonso y Calera, M.C.; «*La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*», Tirant lo Blanch, Valencia 2003, págs. 303. Insiste esta autora en sus páginas 304 y 305 que la guarda de hecho no exige que se demuestre que la persona guardada está afectada por una causa de incapacitación con la misma rigidez que cuando se pretende la incapacitación de la persona, que debe reservarse para las situaciones más graves y permanentes.

⁸ Lasarte Álvarez, C.; «*Principios de Derecho Civil*», Tomo I, Trivium, Madrid 1994, pág. 258.

Son muchos los casos en los que existen personas con causa de incapacitación pero no existe sentencia de la misma por lo que no hay guarda legal. Esta guarda se ejerce normalmente por familiares de los incapaces, si bien otras veces se realiza por amigos, organismos de ayuda o por los centros donde los discapaces se encuentran internados.