

INTRODUCCIÓN

En los últimos decenios ha tenido lugar un crecimiento del número de personas aquejadas por alguna discapacidad física, psíquica o sensorial, o que se encuentran en situación de dependencia; esto es, que carecen de autonomía para realizar las *actividades básicas de la vida diaria*¹. En parte, ello es debido al *envejecimiento de la población*, propiciado por los numerosos avances producidos que han aumentado de manera significativa la esperanza de vida de las personas².

¹ La Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 15 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia indica que “diversos estudios ponen de manifiesto la (...) correlación existente” entre edad y discapacidad, y, a modo de ejemplo, apunta que “más del 32% de las personas mayores de 65 años (tiene) algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población”. A la vez, señala otras causas que influyen en la existencia de tales porcentajes de personas con discapacidad: “a esta realidad (...) debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral”. La finalidad de la citada ley –que ha dado entrada a la figura de la *declaración de dependencia*– es regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En tal sentido, su artículo segundo contiene una definición de lo que ha de entenderse por dependencia a efectos de la norma: “*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*”.

² Dentro del fenómeno citado se ha identificado otro denominado *envejecimiento del envejecimiento*. Con esta expresión se quiere significar el hecho de que entre la población “mayor” –y, en concreto, dentro de lo que convencionalmente se conoce como *tercera edad*– el aumento de la esperanza de vida ha incrementado del número de personas “*más mayores*”. Ya en el Informe presentado por el Secretario General de Naciones Unidas sobre los *Objeti-*

La percepción de ambas realidades ha sufrido una evolución de un tiempo a esta parte. Actualmente, las personas mayores o las que sufren algún tipo de discapacidad o dependencia son valoradas de manera más positiva por la sociedad. En este cambio, ha resultado decisivo el redescubrimiento del valor de la persona con discapacidad fomentado por las ideas de normalización e integración de los países escandinavos, que ha influido en diversas normativas estatales e internacionales³.

vos Mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001. Estrategia Práctica. A/47/339, se insistía en el aumento de la población “mayor”, señalándose que, entonces, existían 600 millones de personas con una edad superior a los 60 años. Algo similar se apuntaba en relación a las personas mayores de 80 años: entonces había en torno a 50 millones y ya se preveía que serán cerca de 137 millones en el año 2025. Con anterioridad al citado Informe, diversos instrumentos internacionales ya centraban su interés en las personas mayores. Entre otros, vid. el *Plan Internacional de Viena sobre el Envejecimiento*, aprobado en el año 1982 por la I Asamblea Mundial de Envejecimiento y la *Resolución 46/1991*, de 16 de diciembre, sobre su aplicación; o la *Proclamación sobre el Envejecimiento* adoptada en 1992 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Valgan, a modo de ejemplo, las referencias realizadas, pues los instrumentos e informes sobre las “personas mayores” se han multiplicado en los últimos años, lo que dificulta su mención. Entre las más recientes en España vid. *Las personas mayores en España. Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas* elaborado en 2009 por el IMSERSO y disponible en la web www.imserso.es (vid., en especial, las páginas 44 a 66). Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, en referencia al *envejecimiento del envejecimiento*, apunta que en España en los últimos veinte años se ha duplicado el colectivo de población mayor de 80 años. E incluye los siguientes datos relativos a la evolución demográfica: “la población de más de 65 años (...) se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por 100 de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por 100)”. Por otra parte, ha de señalarse que el inicio de la *tercera edad* se ha fijado *convencionalmente* en los sesenta y cinco años, pues no existe un parámetro objetivo biológico que determine el comienzo de la vejez. Ello supone que el desplazamiento del inicio del cómputo unos años más podría arrojar cifras de población mayor todavía más elevadas.

³ Aunque en breve nos referiremos a ella, no está de más avanzar ahora que, en el ámbito de la discapacidad, la *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities* –adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 27 de noviembre de 2007 (BOE nº 96, de 21 de abril de 2008) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008– y el *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Persons with Disabilities* –ratificado en la misma fecha y publicado en el BOE nº 97, de 22 de abril de 2008– han supuesto un hito de notable trascendencia. La Convención constituye un catálogo de derechos completo de tales personas donde se aprecia a la persona con discapacidad no como objeto de una política asistencial sino como *sujeto de derechos*. Sobre el significado de la discapacidad vid. nota nº 69. Sobre el cambio, en el que ha tenido notable incidencia la evolución escandinava aludida en el texto, vid. SANTOS URBANEJA, “Fundaciones tutelares públicas: un modelo de futuro. La experiencia andaluza”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, tomo V, 2002, p. 913.

Una manifestación de esta variación se expresa con claridad en el modo de *acercarse* a los fenómenos del envejecimiento y la discapacidad. Los modelos de protección de tales personas han experimentado una modificación con el fin de adecuarse a las circunstancias socioeconómicas y axiológicas imperantes en cada sociedad. Con todo, en esta transformación de los mecanismos tuitivos son varios los elementos que han tenido una especial importancia. De entre ellos, baste ahora destacar tres.

En primer término, la evolución que en las últimas décadas ha tenido lugar tanto en la estructura de la familia como en su mismo concepto. Buena prueba de ello es, a modo de ejemplo, que en el ordenamiento jurídico actualmente tienen cabida las unidades familiares monoparentales, lo que antes no sucedía. A la vez se ha producido una generalización del concepto de familia nuclear frente al anterior de familia extensa.

En segundo lugar, la modificación de los valores predominantes en la sociedad también ha resultado de notable trascendencia en la evolución apuntada. En lo que ahora interesa, puede afirmarse que actualmente se concede menor importancia a la solidaridad familiar a la vez que se otorga primacía a los intereses de índole material. En consecuencia, se aprecian mayores dificultades para encontrar parientes dispuestos a asumir el cargo de tutor, en especial si el ejercicio del cargo resulta económicamente gravoso.

El tercer factor relevante en el cambio de los modelos de protección viene dado por las exigencias de la coyuntura social actual. La “sociedad de consumo”, la rapidez de las comunicaciones o las imperativas exigencias laborales son, entre otros, algunos hechos que propician la existencia de acusadas dificultades en la atención a los colectivos de personas ya indicados. Ello, unido a la progresiva expansión del Estado de bienestar, ha dado lugar a que los entes públicos hayan ido adquiriendo un protagonismo cada vez mayor en lo que concierne a su protección. Si anteriormente ésta se colmaba en el ámbito familiar, actualmente no se puede —o no se quiere— cubrir en dicho marco. La familia parece haber perdido centralidad en este campo, lo que ha acabado traducándose en la institucionalización de la protección y el cuidado⁴.

⁴ Recogen algunos de los elementos citados en el texto SANTOS URBANEJA, “Fundaciones tutelares públicas: un modelo de futuro. La experiencia andaluza”, *cit.*, pp. 912 a 915 y HERAS HERNÁNDEZ, “La tutela legal del artículo 239 del Código civil. El concepto de desamparo”, en VVAA, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2007, p. 166. Ciertamente, la resistencia a asumir el cargo tutelar por parte de los familiares no siempre se debe a razones de comodidad o conveniencia. En ocasiones no existen tales familiares o se trata de familias *desbordadas* por la enfermedad de

A los tres elementos expuestos han de añadirse también las nuevas tendencias en materia tutelar que se han ido abriendo camino en este tiempo. De manera señalada, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ha supuesto una *revolución* en materia de instituciones tutelares al apostar –como luego se verá– por una aplicación restrictiva del procedimiento judicial para modificar la capacidad de obrar; esto es, del mecanismo de protección –tradicionalmente conocido como incapacitación– cimentado en la sustitución del sujeto declarado incapaz en la toma de decisiones que le conciernen, ya sean de carácter personal, ya patrimonial. En su lugar, el Tratado aboga por las medidas puntuales de asistencia –los llamados “*sistemas de apoyo*”– frente a aquellas otras que conllevan una sustitución de carácter general⁵. De todos modos y aun cuando en nuestro ordenamiento ya se ha adaptado alguna normativa para adecuarla al texto de la Convención, a nuestro juicio, y a pesar de lo indicado por la Disposición Final 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de modificación de la Ley del Registro civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, aún falta por acometer una reforma sustantiva en el ámbito civil que introduzca nuevas figuras más acordes con la Convención, que supondrá la modificación –en algunos casos sustancial– de las vigentes instituciones tutelares⁶.

uno de sus miembros –por ejemplo, por una demencia o una enfermedad mental– y ven en el nombramiento de una “*entidad pública*” como tutor ordinario una “*tabla de salvación*”.

⁵ Sobre esta materia puede verse, en nuestro país, el artículo 226 del Libro II del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, que introduce la figura de la asistencia.

⁶ Cfr., la Ley 26/2011, de 1 de agosto, –BOE nº 184, de 2 de agosto– y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre –BOE nº 224, de 17 de septiembre– de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge muchas de las sugerencias expuestas en el Informe elaborado a tal fin por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010. Así las cosas, en la actualidad no hay consenso en torno a si la normativa tutelar en vigor es acorde o no con la Convención. Mientras un sector de la doctrina entiende que la tutela del Código civil es incompatible con la Convención (cfr. GANZENMÜLLER ROIG, “Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Efectos sobre la tutela y las decisiones individuales”, en VVAA, *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, p. 19; y, del mismo autor, “De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus efectos en el Derecho interno”, p. 46, disponible en www.fiscal.es) otro considera que la Convención no rompe el actual sistema tutelar ni supone una derogación de la normativa vigente (vid., *ad ex.*, la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre “*la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*”, p. 6 o el Informe sobre

Así configurado el marco social en que se encuadra nuestro objeto de estudio, el trabajo que ahora se inicia versa sobre la institución de protección que contiene el artículo 239 párrafo tercero del Código civil, introducida por una reforma legislativa del año 2003. Dicho precepto regula una figura tutelar que surge a cargo de la “*entidad pública*” cuando ninguna de las personas a que se refiere el artículo 234 Cc ha sido nombrada tutora y en los casos en que un incapaz se encuentra en situación de desamparo. En ambos supuestos el tutelado habrá de ser una persona mayor de edad, con independencia de si se trata o no de una persona de edad avanzada. Es decir, el ámbito propio de la figura *ex* artículo 239.3 Cc excluye a los menores, para quienes existen otros mecanismos tuitivos que también serán mencionados en estas páginas. El tutelado, además, habrá de ser una persona “*incapaz*”, tal y como expresamente señala la disposición⁷.

la adecuación del actual sistema de protección español –Incapacidad y tutela– a la Convención de Nueva York –en especial, las pp. 3 y ss.– elaborado por FUTUPEMA y disponible en www.futupema.org). De manera expresa, la STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2.901) dio respuesta a esta cuestión declarando que “de este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 Cc y del artículo 760.1 LEC. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”. Vid., asimismo, el comentario de la mencionada sentencia efectuado por DE PABLO CONTRERAS quien también defiende la compatibilidad de la regulación tutelar vigente con la normativa de la Convención (DE PABLO CONTRERAS, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en VVAA, *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina; civil y mercantil*, vol. 3 –dir. YZQUIERDO TOLSADA–, Dykinson, 2009, pp. 555 a 580). A falta de la necesaria reforma normativa de calado en materia civil, este trabajo necesariamente ha de amoldarse al contenido de la legislación actual. Por tal motivo, y salvo que por el contexto sea necesario utilizar el término “incapacitación”, seguiremos haciendo referencia al “*procedimiento de modificación de la capacidad de obrar*” (cfr. D. F. 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo), mantendremos el término “*incapaz*” al ser el que usa la propia ley al referirse al tutelado (cfr. art. 239.3 Cc) y aludiremos a la todavía vigente distinción entre capacidad jurídica y de obrar u otras cuestiones directamente afectadas por la Convención y que necesitan ser adaptadas. Ello no impide que se hagan algunas alusiones a cómo deberá procederse para la adaptación normativa del Código civil a la citada Convención.

⁷ Ello no impide reconocer que, a resultas de la Convención, sea necesario adaptar también los términos utilizados por nuestra normativa para eliminar los que resulten “peyorativos, hirientes, humillantes o discriminatorios, como incapaz (...), proceso de incapacidad” u otros similares (cfr. VVAA, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados*

El interés del estudio que a continuación se efectúa radica en que la citada disposición introduce una figura tuitiva que precisa de interpretación detenida pues, como se verá, el texto del precepto no es de fácil comprensión. Buena prueba de ello es que los diversos agentes implicados en dicha tutela la entienden de manera diversa. Por tal razón, el objetivo que se pretende en las páginas que siguen es realizar un examen completo de la modalidad tutelar a que alude el artículo 239.3 Cc que proporcione una idea cabal de tal figura, a la vez que posibilite proponer mejoras de cara a su efectiva aplicación en la práctica.

A efectos de contextualizar la cuestión a examinar, en la primera parte de este trabajo recordaremos brevemente algunas nociones sobre capacidad y se referirán las diversas instituciones que contempla el ordenamiento jurídico español para completar la incapacidad cuando ello es necesario. Incidiremos aquí en algunos aspectos de la evolución ya mencionada. En concreto, veremos qué sea la modificación judicial de la capacidad y se aludirá a las diversas reformas operadas en materia tutelar en las últimas décadas. Entre ellas se hará especial referencia a la introducción de la *tutela automática*, operada en 1987, dadas sus evidentes conexiones con la figura introducida en el artículo 239.3 del Código civil. Esta primera parte finalizará con el examen de la génesis del artículo 239.3 Cc, así como con las dificultades que suscita su interpretación.

La segunda parte del trabajo, comprensiva de los capítulos tercero y cuarto, se dedicará al estudio de quiénes sean los sujetos activo y pasivo de la tutela ejercida por la “*entidad pública*”. De un lado, examinaremos quiénes han de ser los destinatarios –los “*incapaces*”–; y, de otro, quién es el sujeto activo de la tutela –la “*entidad pública*”–.

La tercera parte de este estudio se dedica a los dos supuestos de hecho ante los que surge la modalidad tutelar a que se refiere el artículo 239.3 Cc. El capítulo quinto se centrará entonces en el análisis del primer supuesto de he-

en la protección de las personas con discapacidad y tutelas, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, p. 2). Asimismo, también resulta oportuno modificar términos procesales como “juicio, demanda, sentencia, etc.” por otros más adaptados a la naturaleza de los procedimientos sobre capacidad (cfr. VVAA, *Informe sobre la adecuación del actual sistema de protección español –Incapacidad y tutela– a la Convención de Nueva York (FUTUPEMA)* disponible en www.futupema.org). Así y todo, con PEREÑA VICENTE (“La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?”, *Diario La Ley*, nº 7961, 9 de septiembre de 2011, p. 13), entendemos que el cambio no ha de ser sólo terminológico; “tiene que ser mucho más profundo y (...) pasa por abordar la cuestión de la autonomía de las personas con discapacidad de un modo global e interdisciplinar”.

cho: “cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor”. Comenzaremos dicho examen describiendo el procedimiento para designar tutor en que se incardina el artículo citado en el texto transcrito. Tras ello, describiremos el contenido de la tutela que surge a favor de la “entidad pública” si no se nombra ninguno de los tutores a que alude el precepto mencionado. Finalizaremos este capítulo con el estudio de las posibles causas de excusa que puede presentar una “entidad pública” para eludir el cargo de tutor en una tutela ordinaria y con la consideración de los caracteres que singularizan a esta tutela, pues el hecho de que sea ejercitada por un ente público *modaliza* sustancialmente la figura tuitiva resultante.

El capítulo sexto se dedica a la consideración del supuesto de hecho que el artículo 239.3 del Código civil contempla en segundo lugar: el incapaz que “se encuentre en situación de desamparo”. El análisis de qué sea el desamparo –sus elementos, los tipos de desamparo que cabe reconocer y quién haya de declararlo– será la materia con que se inicie dicho capítulo. Tras delimitar tales aspectos, el resto del capítulo se dedicará fundamentalmente al examen del contenido de la tutela resultante y su caracterización jurídica, así como a la determinación de las notas que configuran esta modalidad tutelar; en particular, el significado que haya de darse a la expresión “*por ministerio de la ley*” que recoge el artículo 239.3 del Código civil. Este capítulo concluirá con una consideración sobre el carácter necesario o no de la existencia de una específica figura tutelar ejercida por la “entidad pública” en caso de que un “incapaz” se “encuentre en situación de desamparo”; esto es, el capítulo finalizará con un análisis crítico de la propia figura que se examina.

Por último, la presente obra culminará con una cuarta parte que, a modo de conclusión, contendrá una breve crítica del precepto objeto de análisis, así como una reformulación del mismo, a efectos de solventar algunos de los problemas que se mencionan en las páginas que siguen.