

## La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código civil de Cataluña. Medios para su protección

Robert Follia Camps

Notario de Barcelona

Exdecano del Colegio Notarial de Cataluña

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NOVEDADES DEL CÓDIGO EN MATERIA DE LA PERSONA
- III. LA DEFENSA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA
- IV. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

### I. INTRODUCCIÓN

Como todos sabemos, el libro II del Código civil de Cataluña fue promulgado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, y entró en vigor el 1 de enero de 2011. Se divide en cuatro títulos que, en realidad, se pueden agrupar en dos: el referente a la persona, que comprende la persona física (título I) y las instituciones de protección de la misma (título II), y el dedicado a la familia, incluidas las parejas de hecho (título III) y una casi familia que denomina *relaciones convivenciales de ayuda mutua* (título IV).

Trataré solo los dos primeros títulos, esto es, la defensa y protección de la persona. No obstante, antes debo mencionar que la introducción de una regulación especial y autónoma de la persona no estaba prevista



ni en la mente del legislador ni en la de la mayoría de los juristas catalanes.

El primer autor que trató de forma completa la formación de un Código civil catalán, después de la Guerra Civil, fue Agustí Bassols, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el 14 de noviembre de 2006, bajo

el título suficientemente sugestivo de *Vers la Codificació del Dret civil català (Hacia la codificación del Derecho civil catalán)*, pero solo pretendía que, puesto que ya teníamos un Código de sucesiones, había que ir hacia un Código de familia y, después, hacia uno patrimonial, y «toda esta obra legislativa —decía— podría culminar, aún, en un único Código civil catalán, del que estos tres



vendrían a ser los libros fundamentales, encuadrados por un nuevo título preliminar». Sin embargo, no citaba el derecho de la persona en ningún momento.

**El primer autor que trató de forma completa la formación de un Código civil catalán, después de la Guerra Civil, fue Agustí Bassols, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña**

El Código de familia vio la luz poco después, con su promulgación por la Ley de 15 de julio de 1998. En el preámbulo, se refería al hecho de que «contiene una normativa completa y autónoma de todas las instituciones jurídicas propias del Derecho de familia», excluyendo la aplicación del Código civil, excepto de las formas de matrimonio, y también hacía referencia a un futuro Código patrimonial. Si bien este Código contenía algunas normas relativas a la persona, eran incompletas y derivadas del Derecho de familia, sin autonomía propia.

Más tarde, en las Jornadas de Tossa de finales de 1998, es decir, poco después de la promulgación del Código de familia, bajo la presidencia de Núria de Gispert y con la asistencia de todos los consejeros anteriores, se proclamó la necesidad de un auténtico Código civil catalán, aunque solo se vislumbraba un tercer libro, el de Derecho patrimonial, y un título preliminar.

La paternidad de la idea de un libro (o, mejor dicho, de un título destacado) sobre la familia es del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, más concretamente, de la Sección de Armonización, como también lo fue la idea de un Código abierto, si bien ambas fueron aceptadas a continuación por todas las secciones del Observatorio y por su Pleno, como también fueron aceptadas con entusiasmo por el Gobierno de la Generalitat. De este modo, cuando se promulga la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, con el título de primera Ley del Código civil de Cataluña, el objeto de la cual era «establecer la estructura y la sistemática del Código civil de Cataluña y aprobar su libro primero» (art. 1), ya se establece esta estructura en seis libros, aparte de las disposiciones adicionales, transitorias y finales correspondientes (art. 2). El art. 3 declara que los

## FICHA TÉCNICA

**Resumen:** El autor resalta la importancia otorgada a la regulación de la persona, de forma autónoma, en el nuevo Código civil de Cataluña y el modo en que se defiende su dignidad, aunque en algunos puntos la opinión no es unánime, a la vez que ofrece una leve pincelada sobre las instituciones de protección de la persona.

**Palabras clave:** Derecho civil. Código civil. Derecho de la persona. Instituciones de protección de la persona física. Derecho de familia.

**Abstract:** The author emphasizes the importance given to the regulation of the person, in autonomous manner, in the new Civil Code of Catalonia, and the manner in which his/her dignity is defended, although opinion is not unanimous on some points, whilst at the same time providing a brief overview of the institutions for the protection of the person.

**Keywords:** Civil Law. Civil Code. Personal Law. Institutions for the protection of the physical person. Family Law.

libros que formarán el Código civil de Cataluña serán seis; para el caso que nos ocupa: «b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito». Tenemos, pues, a partir de este momento, la orden expresa de hacer un texto propio, unas normas dedicadas exclusivamente a la persona física.

## II. NOVEDADES DEL CÓDIGO EN MATERIA DE LA PERSONA

Debe destacarse, en primer lugar, la novedad formal de la regulación de todo lo que se refiere a la persona física en un título independiente y con ánimo de completitud. Así, por ejemplo, regula el inicio de la personalidad (art. 211-1) o la presunción de conmorancia (art. 211-2), el fundamento de la capacidad de obrar (art. 211-3), la autonomía de la persona en el ámbito de la salud (art. 212-1 a 212-3), los internamientos (art. 212-4 a 212-6) y las decisiones sobre el propio cuerpo (art. 212-7). Y en el ámbito de las instituciones de protección de la persona, que después veremos, regula instituciones que parecían más propias del Derecho de familia, como la emancipación o la tutela, y que el preámbulo considera expresamente instituciones de complemento o protección de la persona, más que derivadas del régimen familiar.

En cuanto al derecho sustantivo, si bien es innovador (francamente innovador), no se puede olvidar que recoge disposiciones ya establecidas (como ordenaba expresamente el artículo 3.b de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, antes citada). Así, por ejemplo, las medidas para la protección de

menores desamparados y de la adopción de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre; la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes; la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica, o el documento de voluntades anticipadas. Y muchas otras que, aunque parecen más propias del Derecho de familia, se basan en el respeto a la persona, como la fecundación asistida de una mujer, que otorga la paternidad a su pareja del mismo sexo, si lo consiente debidamente, y que figura ya en la disposición final tercera del libro IV, relativo a las sucesiones.

¿Cuáles son, pues, las aportaciones en el campo de la persona del libro II? La primera, sin lugar a dudas, es la regulación de la vida jurídica de la persona en su conjunto, refundiendo y modificando, si procede, las disposiciones ya vigentes, añadiendo nuevas y dándole un aspecto de completitud jurídica que facilita su estudio y aplicación.

**Debe destacarse la novedad formal de la regulación de todo lo que se refiere a la persona física en un título independiente y con ánimo de completitud**

Pero, aparte de esta refundición de leyes y de mejoras técnicas, el libro II aporta una auténtica novedad, solo insinuada hasta ahora y que se inspira en los tratados internacionales y en las legislaciones que pueden parecer más modernas y progresistas: el reconocimiento de la persona, de su



dignidad, de su libertad y autonomía, que no tiene otros límites que sus instituciones de protección. No en vano, el preámbulo declara que el capítulo I del título I, relativo a la personalidad civil y a la capacidad, «coloca a la persona física en el eje central del ordenamiento civil», y termina diciendo «que debe ser el texto más emblemático del Derecho civil catalán».

**El libro II aporta una auténtica novedad, solo insinuada hasta ahora y que se inspira en los tratados internacionales y en las legislaciones que pueden parecer más modernas y progresistas: el reconocimiento de la persona, de su dignidad, de su libertad y autonomía, que no tiene otros límites que sus instituciones de protección**

Esta defensa de la persona, de su libertad y autonomía, se refleja en un doble ámbito. El primero, en estimar que cualquier discapacidad se debe interpretar en el «sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal», como reza el preámbulo, recogiendo el sentido de la Convención de Nueva York, aprobada el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español, que veremos claramente en el momento de tratar las instituciones de protección. Pero hay otro aspecto en el que se refleja más concretamente esta defensa de la persona, de su identidad y autonomía, que es su dignidad.

### III. LA DEFENSA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Este segundo aspecto, que se podría considerar más moderno, no inspirado, sino muy alejado del principio cristiano de la dignidad humana y de los principios del Derecho romano, es el que considera que a la persona no se le puede imponer ningún deber inspirado en dogmas, creencias, costumbres o valores tradicionales. Es decir, respetando al máximo la libertad de configuración de su vida, de su familia y de su protección, olvidando totalmente la doctrina clásica por la cual el derecho de la persona y la familia tenían un marcado sentido de derecho público con normas imperativas. Se podría decir que ni siquiera se tienen

que respetar los derechos de los demás, excepto cuando estén claramente formulados, y aunque vulneren derechos futuros o hábitos muy arraigados en el lugar. Como ejemplos, se pueden citar la proclamación de la libre decisión de la persona respecto a su cuerpo y su salud; la nueva configuración de la familia como unión libre basada en la solidaridad, que radica en esta concepción libre del individuo; la admisión de la filiación, tanto por parte del hombre como de la mujer, por simple consentimiento; la libertad de los llamados *planes de parentalidad*, o la posibilidad de convenir cómo se ejercita la potestad parental, con la facultad, incluso de otorgar poderes el uno al otro para el ejercicio de esta potestad.

Es el art. 212-7 el que proclama más claramente todo lo que hemos dicho, al establecer que: «La libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en relación con el propio cuerpo y con la salud reproductiva y sexual». Este precepto es una especie de síntesis de lo que disponía una ley promulgada poco antes por el Estado, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, según la cual, por *salud reproductiva*, debe entenderse «la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona que implica que pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos» (art. 2), o de suprimirlos, añadido, con «la interrupción del embarazo» (art. 14).

No pretendo entrar en el estudio del acierto de esta legislación. Solo diré que me parece que no tenía el asentimiento de una gran parte del pueblo catalán, como demuestra el largo tiempo de discusión de la Ley y el escaso margen para su aprobación (69 votos contra 64, tan alejado de la votación unánime de los libros de sucesiones y de derechos reales).

No obstante, la verdad es que, aparte de la duda sobre el acierto de esta moderna regulación que acabamos de citar, el libro II hace una defensa encarnizada de la libertad humana, regulando diversas formas de protección con la idea de restringir el mínimo posible la libertad y la capacidad del protegido. Por eso, estudiaré las instituciones de protección no siguiendo el orden de la Ley,

sino empezando por las que afectan menos a esta capacidad y esta libertad, hasta las que prácticamente las suprimen.

Pero antes debo hacer referencia a algunas disposiciones que no crean ninguna institución de protección, sino que simplemente reconocen derechos inherentes a la persona, ratificando su dignidad, que tienen carácter imperativo y que son, a mi entender:

- La afirmación de que la capacidad de obrar se fundamenta en la capacidad natural (art. 211-3) que comporta una ampliación de esta capacidad, que abraza no solo los derechos de la personalidad, sino también los relativos a bienes o servicios de acuerdo con los usos sociales (art. 211-5.b).
- El reconocimiento al derecho a la información sobre la salud (art. 212-1), al consentimiento informado (art. 212-2) o al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3), así como la ponderada regulación de los internamientos (art. 212-4, 212-5 y 212-6), medidas de auténtica protección, si bien ya reguladas anteriormente, y que sin ninguna institución propia contribuyen de forma decisiva a la defensa de la persona, de su dignidad y de su libertad, y que, más que instituciones de protección, son reconocimientos de derechos inalienables. En cuanto al art. 212-7, ya se ha comentado antes y no haré ninguna otra referencia.

### IV. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

Ya hemos dicho antes que el libro II separa totalmente del ámbito familiar para centrarlas en la protección del individuo, como queda recogido en el preámbulo, cuando dice que «incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad». Creo que, a pesar del acierto de las instituciones, esta declaración no deja de ser una declaración de buenas intenciones y que, sin la aplicación adecuada y una aceptación plena por la comunidad jurídica, pierden mucha de su utilidad. El preámbulo ya dice que «las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida».



Los instrumentos que prevé, de mayor a menor grado (no por el orden de la Ley), es decir, empezando por los que solo son un medio de protección, siguiendo por los que restringen muy poco la autonomía personal y acabando por los que la limitan totalmente, algunos de los cuales pueden producirse juntos, son los siguientes:

**El libro II «incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad», como se recoge en el preámbulo, en una declaración que no deja de ser de buenas intenciones**

- Los poderes en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad
- La autotutela o delación del tutor por sí mismo
- La constitución del patrimonio protegido
- La asistencia
- La curaduría, que se prevé como sucedáneo de la tutela
- La guarda de hecho
- La propia tutela
- La declaración de desamparo

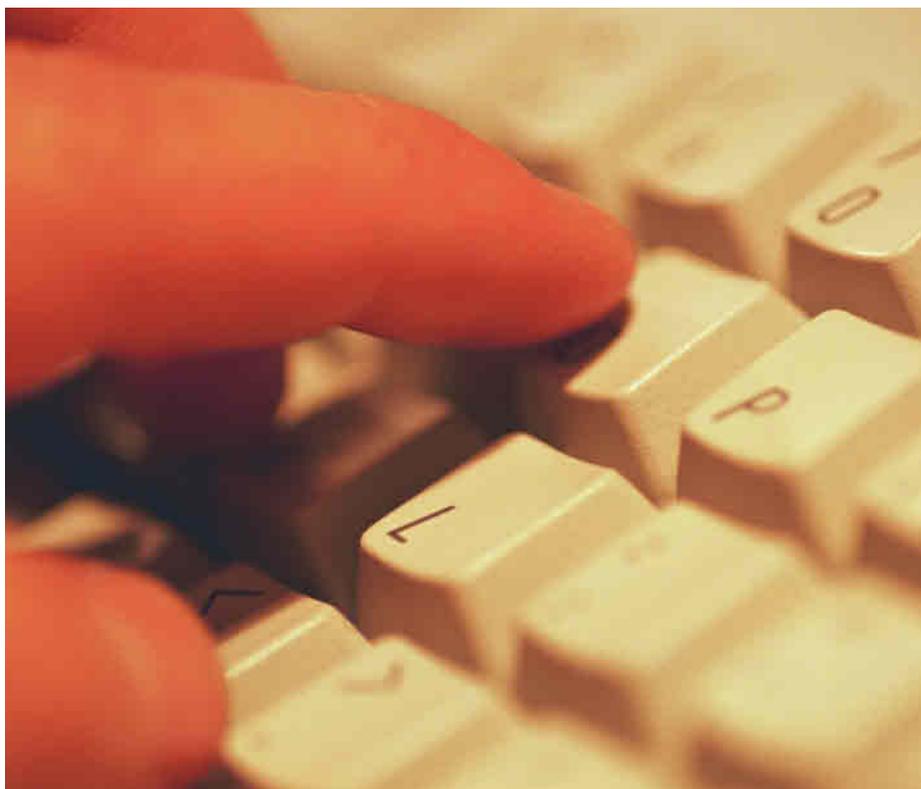
**a) Poderes en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad**

Aunque ya estaban previstos en el Código civil por la Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, el libro II les da una regulación completa e independiente. Su línea argumental es «el mayor refuerzo de la autonomía de la persona» (preámbulo) y evitar poner en tutela las personas mayores de edad que, a causa de una enfermedad o de una deficiencia permanente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas (art. 222-2.1). El carácter sustitutivo de la tutela se acentúa por su inclusión entre las disposiciones generales sobre ésta.

Este poder puede revestir una doble forma: la primera, el otorgamiento de un poder con efectos desde ahora, pero que continuará sea cual sea la situación psíquica del poderdante, haya o no incapacitación; la segunda, el otorgamiento de un poder solo para los casos en que se produzca una pérdida o disminución de la capacidad, por incapacitación o sin ella. En este último caso, habrá que detallar «las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder» (art. 222-2.2). Normalmente, será el dictamen de uno o dos facultativos. La regulación y los efectos de este poder están bien aceptados en general, pero toda precaución es poca y el asesoramiento del Notario es necesario, ya que si del poder general se ha dicho que es un «poder para arruinar», los efectos de este poder pueden ser totalmente devastadores, porque el poderdante pierde la capacidad, no puede revocarlos, y tampoco se pueden dar por extinguidos por falta de capacidad. Estimo que el Notario debe asegurarse mucho de que el poderdante tiene plena capacidad y de las consecuencias del otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el problema de la capacidad es más grave en el otorgamiento de estos poderes que en el otorgamiento de un testamento, por el cual el otorgan-

te no pierde nada e, incluso, los afectados tienen la protección de la legítima. Debe tenerse en cuenta que la misma Ley señala que «el poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las cuales se extingue el poder». Y en este punto es donde debe tener mucho cuidado el Notario o Abogado que lo asesoran.

Una característica de este poder radica en el hecho de que exige autorización judicial para los mismos actos en que la necesita el tutor, «excepto cuando el poderdante la haya excluido expresamente» (art. 222-44.3). Así, el Notario deberá extremar aún más la precaución respecto a la capacidad y libre voluntad del otorgante para excluir esta necesidad de autorización judicial. Esto no estaba previsto en el Código civil, de acuerdo con el cual se han otorgado estos poderes a Cataluña hasta el 31 de diciembre de 2010. Pero la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>-2 los declara sujetos al imperio de la nueva Ley, con lo cual, en principio, ninguno de ellos servía para actos de disposición, que es lo que pretendían normalmente. Por suerte, la Ley ómnibus de 2011 aclara que, en relación con esta facultad de disponer libremente, los poderes anteriores no necesitan la autorización judicial. Finalmente, cabe decir que, aunque este





poder se da fundamentalmente para evitar la constitución de tutela, como ya hemos visto, si en interés de la persona protegida se llegara a constituir, el Juez, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder (art. 222-2.3).

**La regulación y los efectos de los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad están bien aceptados en general, pero toda precaución es poca y el asesoramiento del Notario es necesario**

Pienso que la Ley, respetuosa con la libertad, ha dado unas ciertas garantías para evitar los abusos, siempre que esto se prevenga en el acto del otorgamiento. De aquí viene la necesidad de un asesoramiento especial.

Los poderes citados deben inscribirse en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios (art. 222-8.3). La remisión de todos los nombres tutelares no testamentarios al Registro se efectúa

por el mismo Colegio de Notarios por medios telemáticos. También deben inscribirse en el Registro Civil, según el artículo 46 ter de la Ley del Registro Civil, después de su modificación por la Ley 1/2009, de 25 de marzo.

### **b) La autotutela o delación de tutela hecha por uno mismo (art. 222-4)**

Su regulación sigue, en general, la norma anterior, si bien acentúa las precauciones, ya que, como declara el preámbulo, en muchos casos «se otorgan justo antes de instar la incapacitación, hecho que hace sospechar que puede haber captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz». Esta duda del legislador impone también al Notario el deber de extremar la prudencia, quizás incluso más que en el poder, teniendo en cuenta que la Ley prevé directamente la ineficacia si se ha instado el proceso de incapacitación o si el ministerio fiscal ha iniciado las diligencias preparatorias (art. 222-4.3). Sirve no solo para nombrar cargos tutelares, sino también para excluir a determinadas personas, y puede establecer normas sobre el funcionamiento y el contenido del régimen de

protección (art. 222-4.1), incluso nombramiento de Consejo de Tutela (art. 222-54). Debe inscribirse en el Registro de Nombres Tutelares no Testamentarios (art. 222-8.1), registro en el que no constan los designados, sino solo los datos del otorgante, y que no tiene carácter público, ya que solo pueden obtener certificados de él el propio interesado y la autoridad judicial (arts. 1 y 5 del Decreto 360/1996, de 12 noviembre). La inscripción también se hace a través del Colegio de Notarios, que lo comunica al Registro por medios informáticos. También deben inscribirse en el Registro Civil, después de la modificación de su Ley el 25 de marzo de 2009 (art. 46 bis y 46 ter).

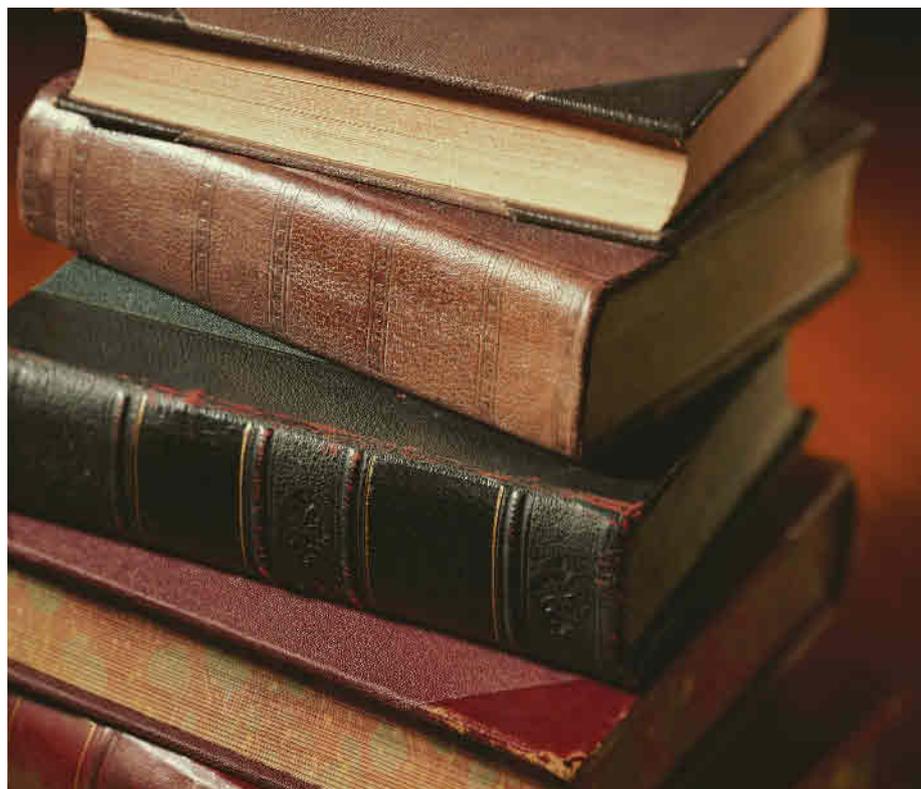
### **c) Los patrimonios protegidos**

Tal como sabemos, fueron creados por la Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, pero el libro II les da una regulación independiente y muy completa. Podemos señalar, como principales hitos, los siguientes:

- Pueden ser beneficiarias las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o física igual o superior al 65%, así como las personas en situación de dependencia de grado I o II (art. 227-1).
- Se definen como «un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real» (art. 227-2.1). Y, por ello, «no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hiciera aportaciones», ya que su finalidad es la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. A pesar de ello, no puede perjudicar a los legitimarios (art. 227-2.2).

**La regulación de la autotutela o delación de tutela hecha por uno mismo sigue, en general, la norma anterior, aunque acentúa las precauciones**

- Se constituye mediante escritura pública, en la cual deben constar esta voluntad de constitución, la denominación





del patrimonio protegido, los nombres del constituyente, del beneficiario y del administrador, con las normas de administración, si procede, y las personas ante las cuales hay que rendir cuentas en caso de conflicto de intereses (art. 227-3). El administrador puede ser el propio constituyente, si no es también beneficiario (art. 227-4).

- El administrador debe rendir cuentas ante el beneficiario, sus representantes legales o, si procede, las personas nombradas al efecto de acuerdo con el art. 227-3, antes visto (art. 227-6).
- Se extingue por muerte, pérdida de la condición de discapacitado, renuncia, expiración del plazo o cumplimiento de la condición, o bien por resolución judicial, en caso de ingratitud (art. 227-7). Esto conlleva una nueva rendición de cuentas, la liquidación del patrimonio y la entrega del remanente al destino establecido en la escritura de constitución o, si no hubiese ninguno, al constituyente o sus herederos (art. 227-7.4 y 227-8).
- Los bienes que integran el patrimonio protegido se pueden inscribir en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos, haciendo constar su condición y las normas que lo rigen (art. 227-9).

#### d) La asistencia

Es una figura nueva, introducida por el Código, que recoge los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales. Se inspira en la filosofía de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), ratificada por el Estado español, y, según el preámbulo, también en las «directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña». Por lo que parece, existen figuras similares en Alemania y Francia, y así lo manifiesta el profesor Francisco Rivero. La primera ha sustituido la incapacitación y la tutela, mientras que la segunda ha instituido la *sauegarde de justice*, que es compatible con la tutela y, por lo tanto, está más cerca del régimen del libro II. Igualmente, Italia (como se

puede ver en la revista *El Notario del Siglo XXI*) ha aprobado una ley que crea la figura del «administrador de respaldo» para tutelar mediante intervenciones de respaldo temporales o permanentes y con la mínima limitación posible de la capacidad de obrar a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la vida cotidiana, institución análoga en cierto modo a la figura de la asistencia. Quizás se podría considerar como una especie de curaduría designada por el propio asistido.

### La asistencia es una figura nueva, introducida por el Código, que recoge los casos de disminución no incapacitante de las facultades físicas o mentales

El art. 226-1.1 dispone que «la persona mayor de edad que lo requiera para cuidar de sí misma o de sus bienes, a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente», de acuerdo con las normas de la jurisdicción voluntaria, y tendrá que inscribirse en el Registro Civil para su eficacia ante terceros (art. 226-7). Es solo el propio interesado quien puede solicitar el nombramiento de un asistente. Esto se tramitará por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 226-1) y parece que en el procedimiento tendrá que estar presente el Ministerio Fiscal.

En cuanto al contenido, lo esencial es la asistencia, no la sustitución de la voluntad, aunque, a petición de la persona asistida, se pueden dar facultades para que el asistente pueda actuar en su nombre (art. 226-2.3 *in fine*), cosa que entiendo que será más propia de casos de discapacidad física. Pero lo típico o propio es que simplemente lo asista en los actos fundamentales, para evitar ser engañado, a modo de autocuraduría (uno de los supuestos de la cual es, también, la disminución psíquica no incapacitante). Nombrado el asistente e inscrito en el Registro Civil, los actos efectuados por la persona asistida sin intervención del asistente pueden ser anulados (art. 226-3). Además, en el ámbito personal, se le encarga velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales, así como recibir la información sobre los tratamientos médicos y adoptar las

decisiones correspondientes, si la persona asistida no puede decidir por sí misma y no ha otorgado documento de voluntades anticipadas (art. 226-2.2), lo cual significa algo más que asistir.

Para una institución nueva y a la cual se da tanta importancia, la regulación es, quizás, escasa, aunque hay una cierta remisión a las normas de la tutela (art. 226-6). De todos modos, una Orden del Departamento de Acción Social y Ciudadanía del 28 de septiembre de 2010 establece ciertas normas de tipo administrativo, como el copago por la persona asistida y la Generalitat y los honorarios de las personas que se dedican a la asistencia fundamentalmente personal de personas con discapacidad. Pero esta Orden está pensada más bien para la asistencia física y las atenciones por enfermedad, más que para la asistencia en sí, la cual implica consejo y asesoramiento.

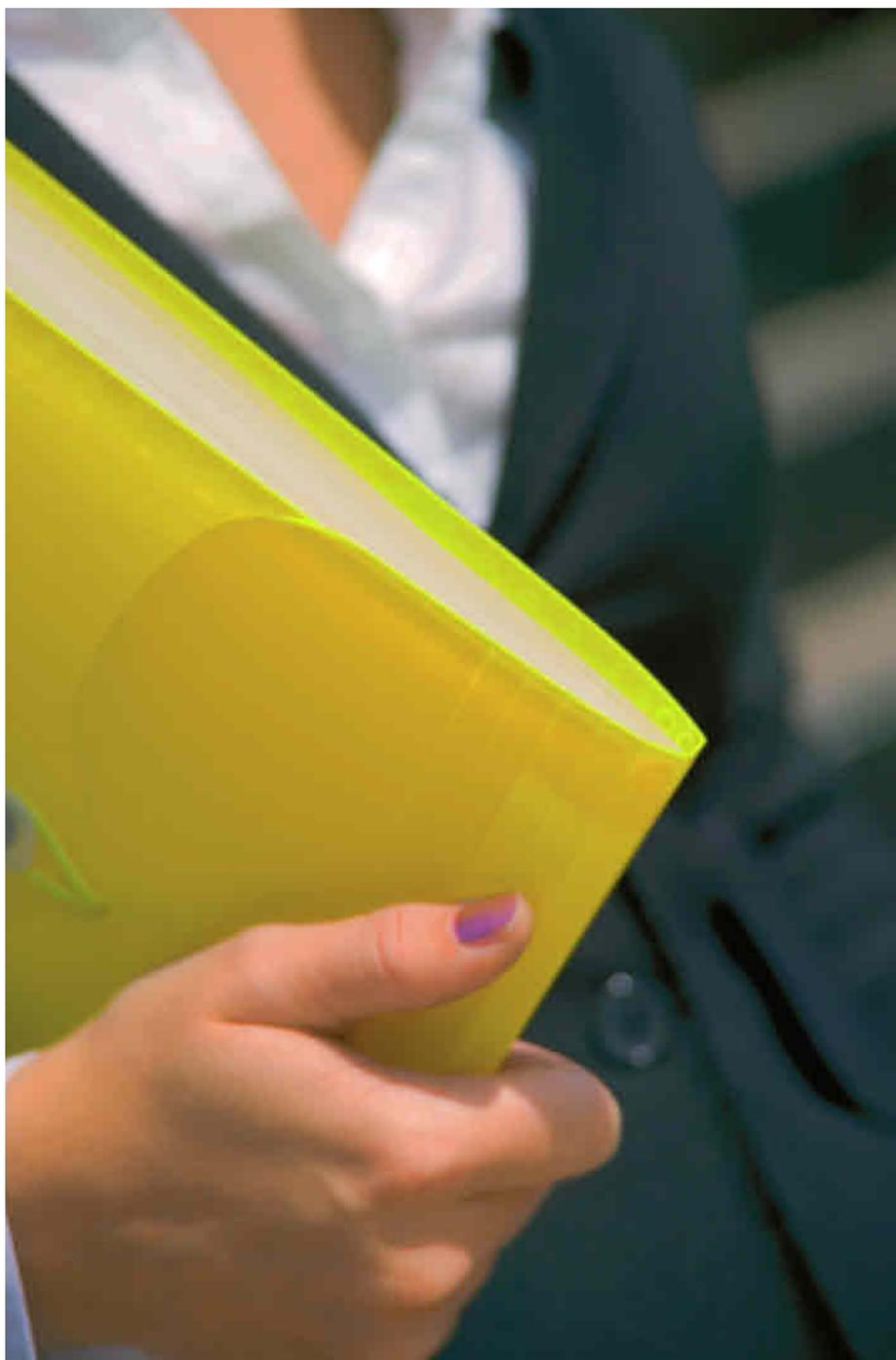
#### e) La curaduría

Tratamos esta figura antes que la tutela porque restringe menos la personalidad y la norma; como veremos, la prefiere a la tutela, que considera un remedio extremo. Su finalidad, en cierto modo, es la misma que la de la asistencia. El preámbulo la configura «como una institución complementadora de la capacidad en la cual es la persona protegida la que actúa por sí misma».

### El preámbulo configura la curaduría «como una institución complementadora de la capacidad en la cual es la persona protegida la que actúa por sí misma»

Regula la de los menores emancipados que, por defunción de los progenitores o por el hecho de estar impedidos, no tienen quien los asista; la de los pródigos, en la cual debe determinarse el ámbito de necesidad de asistencia del curador (art. 223-4.3), y también —y, aquí radica la novedad—, la de los incapacitados en relación con los cuales no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela (223-1.b).

Y precisamente para este último supuesto se prevé que: «La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de



determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para hacer los otros actos de esta naturaleza por sí misma» (art. 223-6), en cuyo caso deberá rendir cuentas (art. 223-10). Podríamos decir que en este supuesto se convierte en una especie de tutela de segundo grado, descafeinada o parcial, siempre tendiendo a limitar en la medida de lo posible la incapacitación to-

tal, ya que el lema de las instituciones de protección es, en este libro II, como ya hemos dicho antes, limitar en la medida de lo posible la autonomía personal del discapacitado.

La falta de asistencia del curador, si es necesario, hace posible la anulabilidad de los actos otorgados sin dicha asistencia (art. 223-8).

## e) *La guarda de hecho*

Estaba ya regulada en el Código de familia y también, aunque escasamente, en el Código civil, desde la modificación de 1983. Es como una especie de tutela automática y de segundo grado que pretende evitar la constitución de la tutela, que se considera un remedio extremo. El preámbulo dice que «delimita unos contornos más precisos» para esta figura y que «en la práctica se ha podido constatar que son excepcionales, y más bien extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencias seniles o de otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas».

La figura se da cuando una persona o una institución cuidan de hecho, sin ninguna obligación legal, por razones de amistad o solidaridad, a una persona menor o mayor con causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen (art. 225-1). Unas veces serán los abuelos o los tíos los que se ocupen de los menores. Otras, amigos de personas mayores a las que concurren causas de incapacitación. Algunas de ellas pueden haber estado ingresadas en establecimientos residenciales, que se convierten también en guardadores de hecho.

Los guardadores de un menor deben comunicarlo en el plazo de setenta y dos horas a la entidad pública competente o a la autoridad judicial. En cuanto a los mayores con causa de incapacitación, solo existe obligación de comunicarlo si están en un establecimiento residencial y, en este, se encarga de ellos el titular del establecimiento (art. 225-2.1 y 225-2.2).

El guardador de hecho debe cuidar a la persona en guarda, actuar siempre en beneficio de esta y, si asume la gestión patrimonial, limitarse a los actos de administración ordinaria (art. 225-3.1). Y si se trata de personas que estén bajo potestad parental o en tutela, si sus titulares no ejercen sus funciones, la autoridad judicial puede conferir al guardador de hecho funciones tutelares que significan la suspensión, si se da el caso, de la patria potestad o tutela (art. 225-3.2).

La guarda de hecho no da derecho a ninguna retribución, pero sí al reembolso de gastos y a la indemnización por daños



con cargo a los bienes de la persona protegida (art. 225-4).

En cualquier caso, especialmente si son menores, se trata de una situación transitoria que se extingue por la desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor (que veremos a continuación), por el nombramiento de un defensor judicial o por la constitución del pertinente modelo de protección (art. 225-5).

#### f) La tutela

Tiene una extensa regulación en el libro II. Destacaremos aquí, como novedades o características principales, las siguientes:

**El preámbulo declara que la constitución formal de la tutela «se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se añade la falta, inadecuación o imposibilidad de soporte familiar»**

- El hecho de ser recogida por la Ley como último recurso, disponiendo, de una parte, que no es necesaria su constitución si se ha otorgado el poder preventivo antes estudiado (art. 222-2.1), y de la otra, que «la autoridad judicial puede disponer la constitución de la curaduría, a pesar de que se haya solicitado la de la tutela, de acuerdo con las circunstancias de la persona afectada» (art. 223-2.2). El preámbulo declara que la constitución formal de la tutela «se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se añade la falta, inadecuación o imposibilidad de soporte familiar».
- Se prevén tres formas de delación, por orden de preferencia: la delación realizada por uno mismo (art. 222-4), estudiada antes; la delación realizada por los titulares de la potestad parental (art. 222-5), y la delación judicial (art. 222-10).
- El hecho de que el Juez, además del constituyente, puede separar las fun-

ciones personales de las de administración de bienes y encargarlas a personas diferentes (art. 222-12.1).

- El supuesto de tutela a cargo de personas jurídicas, las cuales pueden excusarse de ejercer el cargo si no tienen medios humanos y materiales suficientes para ejercerlo adecuadamente (art. 222-18.2).
- Se configura como un órgano unipersonal, excepto en el caso de que la persona interesada o los titulares de la autoridad parental hayan designado dos personas para el cargo o si se estima conveniente que el cónyuge o la pareja de hecho también lo ejerzan (art. 222-25).
- El tutor debe rendir cuentas anualmente, plazo que, en casos de patrimonio reducido, se puede prorrogar hasta tres años. En cambio, cuando se trata de patrimonios importantes, la autoridad judicial puede pedir, además, una auditoría independiente. La rendición de cuentas se efectúa ante la autoridad judicial que constituyó la tutela (art. 222-31). Además, deben rendirse cuentas al finalizar la tutela o al cesar el tutor en su cargo ante la misma autoridad judicial (art. 222-49 y 222-50).
- La obligación del tutor de tratar al tutelado con consideración, de contar con su consentimiento para las decisiones relativas a su educación, si tiene más de doce años, y de recoger la autorización judicial para internarlo en un centro de educación especial (art. 222-37).
- La declaración de que el tutor debe convivir con el menor tutelado, excepto en caso de autorización del Juez por motivos suficientes (art. 222-39.2).
- La delimitación de las facultades de administración del patrimonio del tutelado, excluyendo la de los bienes adquiridos por donación o herencia cuando se haya designado un administrador especial para estos casos (art. 222-41). Enumera los casos en que se requiere autorización judicial (art. 222-43.1) y excluye de dicha autorización los bienes sucesorios si el donante o causante la ha excluido expresamente (art. 222-43.2).
- La posible existencia de un Consejo de Tutela (art. 222-54) solo en los casos de

autotutela o de las deferidas por los titulares de la potestad parental, tanto para velar por el ejercicio correcto de la tutela como si se le atribuyen las facultades citadas para suplir la autorización judicial en los casos que se requiere, y resolver los conflictos entre los tutores.

#### g) La declaración de desamparo

Es la última figura de la protección y se da solo para casos graves y cuando faltan todas las instituciones vistas. Se refiere a los menores de edad.

Se consideran en situación de desamparo «los menores que están en una situación de hecho en la cual les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, o que están sometidos a maltrato físico o psíquico o abusos sexuales, siempre que para su protección efectiva deba aplicarse una medida que implique la separación del menor de su núcleo familiar» (art. 228-1.1)

La declaración la realiza la entidad pública competente, que asume la guarda del menor y implica la asunción de funciones tutelares y la suspensión de la potestad parental o tutela, si procede (art. 228-3).

No hay una regulación detallada de desamparo, ya que rige la legislación sobre la infancia y la adolescencia (art. 228-7), de la cual recoge los rasgos esenciales. Y no libra a progenitores y parientes de sus responsabilidades (art. 228-6.2), a los cuales, por otro lado, no impide las relaciones personales con el menor, excepto cuando el interés superior de este haga aconsejable limitarlas o excluirlas (art. 228-8).

En cualquier caso, es una situación transitoria que acabará si cesan las causas que la motivaron o por las medidas que tome la Administración, entre las cuales está la acogida familiar, en la que una familia se encarga de guardar al menor, alimentarlo, educarlo, etc., y que puede tener un carácter transitorio y revocable (acogida simple) o bien un carácter permanente, y las dos a través de familia extensa (es decir, cuando hay alguna relación de parentesco con el menor) o bien con una familia ajena. La acogida en un centro se prevé como última solución (art. 120.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia).