

UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LA REGULACIÓN DE LA AUTOTUTELA

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña

Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Sumario:

1. A modo de introducción.
2. Antecedentes legislativos de la autotutela y la incapacitación voluntaria.
3. Ley 41/2003, de 18 de noviembre; de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil:
 - Constitución y administración del patrimonio.
 - Beneficios fiscales para los aportantes.
 - Beneficios fiscales para el discapacitado.
 - Otras medidas de protección patrimonial.
4. Concepto de Autotutela.
5. La Autotutela en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
6. La Autotutela en la normativa aragonesa.
7. La Autotutela en la Ley de Derecho Civil de Galicia y su recurso ante el Tribunal Constitucional.
8. La Autotutela en Cataluña
9. Consideraciones conclusivas.

1. A modo de introducción.

Afortunadamente en el presente siglo la medicina ha avanzado de manera muy considerable en conocimientos que permiten que la estadística de años de esperanza de vida en buenas condiciones físicas y psíquicas haya aumentado de modo importante respecto de generaciones anteriores, pero también es cierto que ese incremento de la edad tiene como consecuencia el desarrollo de ciertas patologías propias más ligadas a la vejez con pérdida gradual y progresiva de cierta capacidad de autogobierno lo que se

suele detectar precozmente de modo que el diagnóstico previo hace que en plenitud de su capacidad de autogobierno la persona pueda decidir anticipadamente la regulación de sus bienes y derechos.

Por otra parte, en la actualidad estamos asistiendo a una indudable modificación y alteración del modelo familiar tradicional, con la consiguiente disminución de su función de servir de base y cuidado de los integrantes de más edad así como de los discapacitados. Tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se venía considerando como una auténtica unidad de miembros que se autoprotegían de diferentes modos y, así, en esa aproximación clásica, los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarias para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel de protección anímica y hasta en ocasiones física de los miembros de la familia¹.

En especial, y en lo que nos incumbe en nuestro caso, la mujer solía llevar a cabo una importante tarea de protección al anciano, a las personas mayores o de más edad, que puede englobarse dentro del concepto de vejez² en el seno íntimo más cercano familiar, pero no cabe ninguna duda de que en la actualidad la propia transformación de la misma sociedad termina alterando en gran medida dichos roles y el papel que ocupa cada uno en el seno familiar. Cada vez más en nuestros días en este siglo XXI la mujer desarrolla una más intensa actividad social y profesional similar y semejante a la del hombre. Al mismo tiempo, con la evolución de las comunicaciones y la globalización, en un mundo intercomunicado y más abierto, cada vez es más frecuente el hecho de que los hijos o, en general, alguno de los integrantes de la familia

¹ En el preámbulo de Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia se dice que se ha tenido en cuenta que la sociedad catalana, como otras del entorno, ha evolucionado y que las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación inmediatamente anterior, destacándose que Cataluña se halla en plena transición demográfica y es, hoy, una sociedad más envejecida y con un gran crecimiento del número de hogares unipersonales, fruto del aumento de la esperanza de vida, de una fecundidad más bien baja y de tasas de divorcio en aumento.

² Cuando nos referimos a la vejez, como han puesto de manifiesto JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA, estamos haciendo referencia a una etapa de la vida que se corresponde normalmente con la jubilación, caracterizada generalmente por un declive en la capacidad física y mental, por la aparición de enfermedades crónicas y por el progresivo aislamiento social. No obstante lo cual, por la mejora de las condiciones de vida se presenta hoy con una nueva perspectiva. Hay quien considera personas mayores a las que superan los 60 años, personas de la “tercera edad” a las que llegan a la edad de jubilación, es decir, a los 65 y personas longevas a las que alcanzan los 80 años; o también “mayores jóvenes” a los de 60 a 75 años y “mayores mayores” a los que tienen 75 o más. Se habla incluso de una “cuarta edad” para

en sentido tradicional, vivan en ciudades, regiones, provincias o países diferentes a las de los padres o a algunos de los otros familiares, con lo que están lejos de ellos cuando se hacen mayores y más los necesitan. En consecuencia, la familia carece del tiempo, y del espacio físico incluso, preciso para dedicarlo a la atención de las personas mayores que forman parte de ella.

Así, en el preámbulo de Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se recuerda, en la misma línea que hemos desarrollado en las páginas precedentes, que el hombre ha dejado de ser el único miembro del hogar que aporta ingresos a la unidad familiar, y cada vez existen más familias en las que tanto el hombre como la mujer tienen un trabajo remunerado, señalándose, en concreto, que la tasa de actividad femenina ha crecido de modo constante hasta acercarse a la media de los países más desarrollados, lo que explica también que la edad en el momento de contraer el primer matrimonio supere los treinta años tanto en mujeres como en hombres, aparte de los problemas matrimoniales y sus consecuencias en la conformación de los hogares³.

El progresivo deterioro, en primer lugar físico, y, posteriormente, psíquico, puede llevar a situaciones de desidia, retraso, abandono e interrupción de la ayuda familiar entre los diversos integrantes del núcleo íntimo de la familia con dificultad añadida de la participación social que con el transcurso de los años concluye en situaciones de dependencia difíciles de atender en las circunstancias de las sociedades actuales. Esta situación se complica más en los casos de demencia o, propiamente, *alzheimer*⁴ en los que se hace necesario un mayor nivel de protección tanto por parte del ordenamiento jurídico en su integridad, no sólo desde la perspectiva del derecho civil sino, por ejemplo, desde el ámbito de la normativa fiscal y también con la

referirse a las personas mayores que se encuentran incapacitadas a causa de múltiples enfermedades y son totalmente dependientes del resto de la sociedad.

³ Como en otros países del entorno de Cataluña, se dice que el divorcio se ha normalizado y ha aumentado considerablemente. Si a mediados de los años ochenta las tasas de divorcios aún eran bajas, en torno a 0,1 por mil habitantes, en la actualidad han llegado a cerca de 2,1 por mil habitantes, tras lo que se concluye que este aumento de los divorcios se ha traducido en un aumento significativo de hogares familiares en que vive solo uno de los progenitores con los hijos, así como de familias reconstituidas, o sea, formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos de al menos uno de ellos y, si existen, los comunes, las cuales, hasta ahora, si dejamos de lado alguna norma aislada en materia de gastos familiares y la adopción, casi no habían tenido reflejo normativo.

⁴ A los efectos del artículo 200 del Código civil, la enfermedad de Alzheimer ha sido calificada de “persistente” y de carácter evolutivo y progresivo por la S.T.S. de 19 de mayo de 1988.

correspondiente tutela de corte institucional, todo lo cual requiere que el ordenamiento jurídico preste una especial atención en la protección y cuidado debido a los mayores.

Así las cosas, el anciano, hoy y en nuestro ámbito, por lo que a nosotros nos interesa, puede decirse que se encuentra en cierta situación de menor protección o franca desprotección, lo que hasta ahora no era tan notorio, siendo que en la actualidad ha cambiado el papel tradicional de la familia en sentido clásico sin que se haya sustituido su rol clásico por la creación de otras instituciones similares que pudiesen dar adecuada tutela ante la longevidad de la población cada vez mayor que hace preciso la pronta solución de la situación.

Asimismo, como hemos adelantado, se han hecho necesarias políticas de las Instituciones Públicas asistenciales de las personas mayores ante el fenómeno claramente tangible de la mayor longevidad. El número de personas de más de sesenta y cinco años de edad ha aumentado considerablemente en los países desarrollados, lo cual es una buena noticia desde el punto de vista personal pero conlleva como corolario apodíctico un conjunto, cada vez mayor, de problemas, preguntas, cuestiones y enormes dificultades añadidas.

Es claro que la circunstancia evidente de la mayor longevidad y consiguiente envejecimiento de la población, la transformación de la tradicional estructura de la familia patriarcal tradicional y el cambio social que todo ello conlleva hace que la conclusión de nuestra situación social actual es que cada vez en las familias y en la sociedad entera hay más personas de avanzada edad, que necesitan cuidados y atención y cada vez hay menos otros integrantes de la familia, y hasta menos familias, incluso, que puedan asumir dichas atenciones por lo que se requiere una especial atención supletoria de la tutela institucional asistencial por parte de las políticas de las administraciones públicas.

Lo que acabamos de escribir respecto de las personas de edad avanzada puede, igualmente, referirse también de las personas discapacitadas en que hay que añadir, sobre todo muy especialmente en los casos de discapacidad psíquica, el drama añadido de la angustia por parte de familiares, singularmente los que mantienen relación estrecha, como padres o hermanos o abuelos, al planificar el futuro de las personas

singularmente afectadas para aquellas hipótesis en que falten quienes puedan procurarle el necesario cuidado.

También es preciso contemplar aquellos supuestos hipotéticos bien dramáticos de gente con discapacidad psíquica que no tienen propiamente familia cercana que las atienda o que no quieren darles la precisa tutela en cuyos casos resulta más preciso llevar a cabo la adecuada búsqueda de instrumentos jurídicos precisos para su tutela desde la perspectiva más cercana y personalizada posible más allá de la protección y cuidado que puedan llevar a cabo las instituciones públicas adecuadas que, desde luego, no pueden llevar a cabo un seguimiento individualizado y de carácter familiar propiamente dicho de la tutela.

Desde luego, gran parte de las personas con discapacidad, insisto que especialmente si se trata de discapacidad psíquica, van a requerir de alguna persona añadida que sea capaz de atenderles adecuadamente y llevar a cabo la adecuada tutela y atención de sus derechos y deberes, con la necesaria ayuda incluso física respecto de sus necesidades vitales más primarias eludiendo en lo posible sus muchas dificultades así como los posibles perjuicios o inconvenientes diarios con la finalidad no disimulada de su mayor integración e implementación en la sociedad en su conjunto de la manera más integral posible.

Así, desde planteamientos objetivos, alejados de una perspectiva puramente ideológica o, incluso, demagógica, se desarrollan medidas de política familiar de toda índole, encaminadas a esta finalidad asistencial de las personas mayores y a los discapacitados, sobre todo psíquicos, entendiéndose, desde esta perspectiva, en toda su dimensión, la importante función social de la familia desde sus orígenes como célula básica que permite y posibilita el desarrollo de la persona en un contexto de cariño mutuo intergeneracional rodeado de afecto, aprecio, solidaridad, generosidad, ayuda, tutela, sociabilidad, cohesión y estabilidad.

Dentro de esta dinámica surge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Normativa Tributaria con esta finalidad que será objeto de análisis, desde un punto de vista crítico, en este texto y más

concretamente la figura de la Autotutela, que aparece por primera vez en nuestro derecho patrio desde tal fecha.

Éstas son las razones fundamentales que me impulsaron a abordar desde una perspectiva crítica la figura jurídica de la Autotutela, institución que considero particularmente idónea para atender las necesidades de autogobierno sufridas por quienes, por razón de su edad u otras causas, temen fundadamente la pérdida progresiva de su capacidad.

En el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que entrará en vigor el 1 de enero de 2011, después de decir que se trata de un texto alternativo íntegro⁵ y tras mencionar la disposición estatutaria en que se basa⁶, se dice que se centra en el desarrollo de las personas⁷, para lo cual se incluyen dos nuevas instituciones en Cataluña, relativas a la protección de la autonomía de la persona, que son la asistencia y el patrimonio protegido⁸, incorporando una gran variedad de instrumentos de protección⁹, que cuentan con unas disposiciones comunes a todos ellos¹⁰.

⁵ Se reconoce que, pese a lo establecido por el Artículo 6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, la integración del derecho de la persona y de la familia en el Código civil catalán no se ha hecho mediante una propuesta de modificaciones de adición, supresión o nueva redacción de las normas vigentes, previendo una refundición ulterior en el nuevo libro segundo, sino que se ha optado, por contra, por presentar un texto alternativo íntegro, lo que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior y permite contextualizar las numerosas e importantes novedades que se introducen al aprobar el libro segundo.

⁶ En concreto se recuerda que el artículo 40 del Estatuto de autonomía de Cataluña dispone que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas, poniendo énfasis también en la protección que la ley debe dar a los niños, jóvenes, personas con discapacidades y ancianos, tras lo que se dice que la familia es, en efecto, el referente esencial de los ciudadanos y uno de los pocos que suscitan la adhesión de todos y que en todas las sociedades, es uno de los ámbitos vitales mejor valorados y tiene gran importancia para los miembros de la familia.

⁷ Así, se reitera, respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, que el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social, por lo cual la nueva regulación catalana pone énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados.

⁸ En esta línea, en esta reciente Ley catalana se dice en el Preámbulo en concreto que se insertan dos nuevas instituciones dirigidas a proteger y favorecer la autonomía de personas que, por diferentes razones, pueden necesitar protección: por una parte, la asistencia, concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo no son posibles ni tan solo aconsejables, y, por otra parte, la posibilidad de constituir patrimonios protegidos, en interés de personas con discapacidad psíquica o física o en situación de dependencia, destinados a atender a sus necesidades, tras lo que se añade, en cuanto a las instituciones de protección de la persona, que la distinción que el artículo 3 de la Ley 29/2002, en relación con el

En cuanto a la tutela, el capítulo II del título II de la Ley catalana incorpora el régimen del Código de familia, pero con algunas novedades remarcables y así, por una parte, en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, con la admisión de la autotutela, se flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona, admitiendo que, si se hubiese otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esta circunstancia se llegue a producir no lleva necesariamente a la extinción de aquél¹¹, fijándose concretas cautelas¹², así como se regula la aptitud para cargos tutelares¹³ y se delimita la guarda de hecho¹⁴.

contenido del libro segundo, hace entre persona física y familia, ha permitido enfatizar el protagonismo que deben tener las instituciones tutelares, dándoles un tratamiento autónomo e independiente que las aleja, en parte, de su consideración como sucedáneo de las relaciones familiares y así, el título II del libro segundo agrupa las instituciones de protección de las personas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismas y la protección de los menores, en particular la de los menores en situación de desamparo, de modo que junto con estas instituciones, se incluye la regulación de la asistencia y la protección patrimonial de personas discapacitadas y dependientes.

⁹ La principal característica de este título II de la nueva Ley catalana, según se declara en su preámbulo, es 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, manteniendo las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla, destacándose que esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español, concluyéndose en este aspecto que, en particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal.

¹⁰ El capítulo I del título II de la nueva Ley catalana sistematiza unas disposiciones comunes a todas las instituciones de protección y las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida y de acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas.

¹¹ Literalmente se permite que, sin necesidad de constituir la tutela, el apoderado pueda continuar cuidando de los intereses de la persona que ya no puede valerse por sí misma. Eso no impide, obviamente, que, en interés de la persona protegida, llegue finalmente a constituirse la tutela y que la autoridad judicial, si se lo solicita el tutor, pueda resolver la extinción del poder. Se trata de que no siempre sean precisas la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar.

¹² Paralelamente a la regulación expuesta en el texto en la norma catalana se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar a la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz y por ello, por una parte, se consideran ineficaces las delaciones hechas por uno mismo si la escritura que las contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sobre su capacidad o después de que el ministerio fiscal haya

Es por ello mismo que el capítulo VI incluye en Cataluña un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, partiendo, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad¹⁵, incorporando el capítulo VII al derecho catalán la figura del patrimonio protegido en términos que después veremos con más detalle¹⁶ para no prolongar más de

iniciado sus diligencias preparatorias; y por otra parte, se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o al ministerio fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el mismo interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad.

¹³ Se incide también en la aptitud para ejercer los cargos tutelares y se adaptan las normas sobre excusas a la realidad de la necesaria y conveniente especialización de las entidades tutelares no lucrativas dedicadas a la protección de personas incapacitadas y así se declara que se permite que las personas jurídicas se excusen si no disponen de medios suficientes para desarrollar adecuadamente la tutela o si las condiciones personales del tutelado son ajenas a los fines para los que han sido creadas. Finalmente, en línea con la crítica unánime que habían hecho los operadores jurídicos, también se ha revisado el régimen de rendición de cuentas durante el ejercicio del cargo y al final de este, de modo que deban rendirse ante la autoridad judicial que haya constituido la tutela.

¹⁴ El capítulo V delimita unos contornos más precisos para la guarda de hecho, que se vincula a los casos en que se cuida de una persona menor en situación de desamparo o de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación y en este segundo caso, la obligación de comunicar el hecho de la guarda a la autoridad judicial se limita al caso en que la persona está en un establecimiento residencial, sin perjuicio de lo establecido por la legislación procesal, puesto 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, concluyéndose que, junto a la disposición que permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son un reflejo del nuevo modelo de protección de la persona que diseña el libro segundo que ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida.

¹⁵ Este instrumento se considera en el Preámbulo de la Ley catalana que estamos referenciando puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con 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, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁶ La figura del patrimonio protegido en la regulación catalana comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bienes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa. Ha podido detectarse que, pese a los beneficios fiscales establecidos por la legislación estatal, los casos en que las familias catalanas han usado este instrumento han sido más bien pocos. Es por ello que la regulación que se propone, coherente con el objetivo de ofrecer una protección patrimonial a la persona beneficiaria, afecta el patrimonio

lo debido esta introducción en que he hecho especial mención a la normativa catalana por su novedad en la línea del título del texto relativo a la visión crítica que incluye también la diversificación de distintos ordenamientos territoriales en España sobre la misma materia.

2. Antecedentes legislativos de la autotutela y la incapacitación voluntaria.

Al tratar esta figura jurídica resulta ineludible hacer referencia al caso del ciudadano ruso Ivon Cnimzo¹⁷, quien, afectado de una enfermedad hereditaria degenerativa ligada a la edad (a él se le manifestó, tardíamente, a los 24 años, siendo que solía aparecer sobre los 20), decidió el mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizar un documento privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo por si acaso el se volvía loco, como realmente así sucedió finalmente. Ante los tribunales rusos surgió entonces el problema de si una persona mayor de edad podía nombrar o no para el futuro a su propio tutor, cuestión ésta que nunca antes había sido planteada hasta entonces. La decisión judicial soviética reconoció definitivamente la legalidad del documento suscrito por Ivon, tanto en su vertiente personal como, también, incluso, en la perspectiva patrimonial. Este caso fue el que movió a SÁNCHEZ TORRES a plantearse la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho¹⁸.

protegido a esta finalidad y parte de la idea que este patrimonio no responde de las obligaciones de la persona beneficiaria, ni tampoco de las de la persona constituyente o de quien hizo aportaciones, sino que únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida. Como complemento de esta figura, se diseña un régimen de administración del patrimonio protegido y de supervisión de la actividad del administrador y la disposición adicional primera regula, también, la creación del Registro de patrimonios protegidos.

¹⁷ Tomado por SÁNCHEZ TORRES de las crónicas de Derecho extranjero de la *Deutsche Juristen Zeitung* y posteriormente utilizado y difundido en nuestras Cortes por el diputado popular DURÁN CORSENEGRO con ocasión de la discusión parlamentaria para la elaboración de la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 1983).

¹⁸ En el derecho comparado y entre los pocos ordenamientos que admiten el negocio jurídico de la autotutela, cabría citar al Código civil suizo, en cuyo artículo 381, in fine, puede leerse lo siguiente: “A menos que justos motivos no se opongan a ello, la autoridad tutelar nombrará tutor a la persona designada por el padre o la madre o por el incapaz”. Y en el Derecho alemán se admite que una persona mayor de edad que no pueda valerse por sí misma designe a un asistente o curador (betreuer). Esta designación vinculará al Juez que decida sobre la incapacitación, salvo que se estime contrario a sus intereses. Este betreuer tendrá por misión completar la capacidad del sujeto en la medida en que determine la sentencia incapacitadora.

Una Real Orden de 14 de marzo de 1924 llegó a contemplar una hipótesis clara de autotutela¹⁹, si bien no entró en el examen y resolución del fondo del asunto planteado, por lo que nada dispuso en relación con esta figura.

Posteriormente, por lo que se refiere a la doctrina española, sólo RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE²⁰ sugirió en 1953 la posibilidad de incorporar a nuestro Ordenamiento esta figura jurídica. La cuestión no volvió a plantearse hasta la primera legislatura de las actuales Cortes democráticas que no la admitieron.

Desde que en 1977 se propuso desde el punto de vista doctrinal la modificación del Código Civil en lo relativo al procedimiento de incapacitación y cargos tutelares con la especial atención a la autotutela, incluyendo la opción de la solicitud por parte del propio sujeto de su incapacitación²¹, hasta el rechazo de la incapacitación voluntaria en la Ley de Reforma de la Tutela de 24 de octubre de 1983, singularmente por el riesgo posible de alteración y hasta captación de la voluntad del interesado, que ya se había esgrimido en la primera legislatura,²² se discutió en sede parlamentaria y en la doctrina jurídica sobre la legitimación para autodesignar un tutor²³, lo que tuvo que esperar para

¹⁹ Publicada en el Anuario de 1924, del Ministerio de Gracia y Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado, pág. 521.

²⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE Lino, “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho?”, R.C.D.I. de 1953, pág. 350.

²¹ Vid. el estudio que se realizó en Madrid el 22 de abril de 1977, por DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, en el que se propuso la modificación del Código civil en lo relativo al procedimiento de incapacitación y cargos tutelares, patrocinado por la Fundación General Mediterránea y por S.E.R.E.M., Madrid, 1977, donde se contemplaba (pág. 38) la posibilidad de que una persona solicitase voluntariamente su incapacitación y pudiese así quedar sometida a tutela, si bien la delación y funcionamiento de ésta sería el general del Código civil. No tuvo presente, pues, la posibilidad de establecer una auténtica autotutela, lo que no fue asumido en La Ley 13/1983, de 24 de octubre,

²² Para un examen de la discusión parlamentaria de esta Ley, vide Cortes Generales. Trabajos Parlamentarios, III. Código civil. Refomas 1978-1983, Madrid, 1985. Vide también ZAPATERO GONZÁLEZ, “Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983”, en R.G.L.J., tomo 259; GARCÍA-GRANERO COLOMER, Ana Victoria, “La Autotutela en el Derecho Común Español”, en Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998, págs. 202-204, donde puede comprobarse que frente a los argumentos favorables a la incapacitación voluntaria sobre la base del derecho a la autonomía privada, que se plasmaría en documento público para evitar riesgos, con el argumento analógico de la facultad de nombrar tutor de los padres, prospera el rechazo razonando la innecesariedad por la amplia legitimación activa del entonces vigente artículo 204 del Código Civil (ahora derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), que permitía que cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, que es distinto a promover la incapacitación, su carácter de condición excepcional y su falta de presencia social aparte del referido en el texto de la posible captación de la voluntad del interesado.

²³ La tentativa de introducir la autotutela en el articulado de nuestro Código no prosperó en la legislatura de 1978 en la que se rechaza al no admitirse antes la incapacitación voluntaria por entender posible riesgo

su plasmación legislativa a la finalización del año 2003 en términos que veremos a continuación y que tienen, de momento, su última referencia en la normativa catalana de 2010.

3. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al finalizar el año europeo de las personas con discapacidad, el Parlamento español ha publicado una ley que viene a proteger a estas personas cuidando su patrimonio, publicándose en el Boletín Oficial del Estado la ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad²⁴.

La protección integral de los discapacitados, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, ha sido una de las principales preocupaciones del legislador en los últimos meses de dicho año 2003. A través de leyes, como la de 2 de diciembre²⁵ o 18 de noviembre, ambas de 2003, ha tratado de crear un ámbito normativo de protección y tutela en el que se garantice la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y en el que se ponen a disposición de los particulares los instrumentos necesarios para facilitar su integración.

de captación de la voluntad, ni tampoco en la II Legislatura en que se reproduce el mismo argumento central, aparte de los expuestos en la nota precedente, para todo lo cual me remito BADOSA COLL, Ferrán, "La autotutela", en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1933, pág. 910 y ss.

²⁴ La abundante actividad legislativa que nos ha deparado la VII legislatura y la necesidad de introducir innovaciones en todos los textos legales que precisaban de adecuación a la realidad social ha propiciado que las reformas hayan sido abundantes, así como variadas las materias que han alterado su régimen jurídico. Sin embargo, cierto es que en ocasiones estas modificaciones se han introducido en textos que no se correspondían directamente con la materia principal que daba nombre y título a la Ley que se estaba aprobando, lo que ha propiciado que por un lado haya sido difícil, en ocasiones, percibir y darnos cuenta de la existencia de alguna reforma concreta, salvo que se realice un seguimiento directo a las reformas que se tramitan en el Parlamento, que es lo que los juristas tendríamos que hacer, pero por otro lado, cierto es que ello ha permitido que se hayan actualizado cuestiones que era preciso modificar para adecuarlas a una realidad social cambiante.

²⁵ La ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La Ley de 18 de noviembre de 2003 ha incorporado importantes novedades y modificaciones en el ámbito del Derecho civil²⁶, con la finalidad de dotar al discapacitado de una protección patrimonial íntegra. Para ello, el legislador ha previsto la creación de algunas ya existentes, permitiendo una doble esfera de actuación.

Una que podemos denominar autoprotección²⁷, y otra, la protección a través del Derecho sucesorio que reforma. La autoprotección se desarrolla en una fase anterior a la discapacidad, mediante actuaciones previsoras como la autotutela o el contrato de alimentos o bien cuando ya existe una situación de discapacidad, mediante la constitución de un patrimonio protegido al amparo de la ley.

La regulación detallada e íntegra del patrimonio protegido se mantiene como ley especial frente al Código Civil.

Esta ley largamente esperada por los sectores asociativos vinculados a las personas con discapacidad, viene a cubrir las expectativas de todas las personas que tienen a su cargo a alguna persona discapacitada y temen cuál será su futuro cuando ellas falten.

Asimismo, la ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección: la patrimonial; ya que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.

²⁶ Las políticas de protección o amparo dirigidas a los discapacitados no han de agotarse en medidas públicas: el derecho privado es un instrumento muy adecuado para mejorar la calidad de vida de estas personas y de sus familias. Sin dejar de reconocer que los poderes públicos han de ser la garantía primera y última de la situación de los discapacitados, es necesario también asumir el papel fundamental que desarrollan las familias en esta materia: es innegable el derecho que les asiste de velar por esos miembros discapacitados, de preocuparse por su presente y su futuro.

²⁷ “El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en Revista del Notariado, julio-septiembre de 1999, pág. 22: “partimos del convencimiento de que todo ser humano en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad tiene derecho a prever estas cuestiones (autoprotección de su persona y bienes en previsión de su futura incapacidad), como a intentar solucionarlas de antemano y al efecto de dictar y estipular pautas para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro ya no pueda hacerlo por sí. En nuestro discurrir, en ningún momento nos asaltaron dudas acerca de la licitud de tales decisiones por parte de todo ser humano respecto de su persona y su patrimonio, tomadas siendo capaz, para ser ejecutadas en una eventual circunstancia de incapacidad...”

Se regula una nueva figura, la del "patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad²⁸" que, una vez constituido, queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona que padece esta circunstancia. De esta forma se atiende a la preocupación de muchas familias que quieren prever la situación en que quedará su familiar discapacitado cuando los progenitores o tutores ya no estén o ya no puedan hacerse cargo de él, sin perjuicio de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda.

Esta ley se suma a todas las iniciativas que ha ido estableciendo el ordenamiento jurídico para atender la situación especial de las personas con discapacidad, en aras a posibilitar la igualdad efectiva en el disfrute de los derechos que corresponden a todos los ciudadanos.

- **Constitución y administración del patrimonio.**

Respecto a la nueva figura del patrimonio especialmente protegido, pueden ser beneficiarios del mismo el discapacitado afectado por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o los afectados por una minusvalía física y sensorial igual o superior al 65 por 100.

Pueden constituir este patrimonio, o bien la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga plena capacidad de

²⁸ Fórmula jurídica que se configura así, como la respuesta idónea a esta creciente demanda social, estando impregnada de los valores de la justicia social y del respeto a la autonomía de la voluntad en el marco de la iniciativa familiar. Se trata de una figura que aprovecha el concepto tradicional de patrimonio separado, con abundantes precedentes en la legislación española, y que responde plenamente a esas demandas insistentemente formuladas desde los sectores implicados, pues proporciona un instrumento para la satisfacción de las necesidades de los discapacitados en que se incentiva la iniciativa y la autonomía de los padres y allegados, sin por ello declinar la asistencia de las administraciones. Se trata, en definitiva, de favorecer la constitución de estas masas de bienes que puedan estar afectados a garantizar, sin perjuicio de la garantía pública que en cualquier caso existirá, la asistencia y calidad de vida de los discapacitados.

La regulación del patrimonio familiar está presidida por los criterios de la sencillez, flexibilidad y la transparencia en su gestión. Con el propósito de que la norma pueda ser adecuada a las cambiantes necesidades sociales manteniendo el consenso de su adopción, se encomienda la concreción de sus detalles al desarrollo reglamentario, reservando a la ley la definición de sus trazos esenciales. Más allá de las imprescindibles normas de derecho necesario, se deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad y se garantiza la transparencia de una figura que está llamada a asumir un relevante papel en la solidaridad social, mediante un sistema de supervisión pública e inscripción registral. El objetivo último y misión esencial del patrimonio protegido es, por lo tanto, garantizar la asistencia y la mejora de la calidad de vida del discapacitado.

obrar, sus padres o tutores, haciendo una aportación de bienes o derechos. En caso de negativa por parte de éstos, esa persona puede solicitar su constitución al juez.

La administración del patrimonio protegido se regula con gran flexibilidad, de forma que podrá corresponder a quien constituya el patrimonio, sea la propia persona con discapacidad, sean sus padres. Esta administración podrá también confiarse, si así lo decide el constituyente, a terceras personas o a instituciones sin ánimo de lucro especializadas en la gestión de este tipo de patrimonios.

Salvo en los casos en que haya constituido el patrimonio el propio discapacitado, las reglas de administración deberán prever que se requiera autorización judicial en los mismos supuestos que, en la actualidad, la requiere el tutor respecto de los bienes del tutelado, si bien se permite que el juez pueda flexibilizar este régimen. La ley regula también la extinción del patrimonio protegido, que se producirá por fallecimiento de la persona con discapacidad o porque ésta deje de padecer una minusvalía en los grados establecidos para ser beneficiario.

La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, al que deberá rendir cuentas de su gestión el administrador del patrimonio. Como órgano de apoyo y auxilio del Ministerio Fiscal se creará una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la que participarán representantes de la asociación más representativa de los diferentes tipos de discapacidad. Esta Comisión llevará el Registro de Patrimonios Protegidos.

- **Beneficios fiscales para los aportantes²⁹.**

La ley contiene una serie de medidas tributarias³⁰ que tienen por objeto favorecer las aportaciones a los patrimonios protegidos, que complementan los beneficios fiscales

²⁹ En orden a la regulación del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad es preciso traer aquí los instrumentos de que dispone la Hacienda Pública, pues la justicia que ha de acompañar al impuesto y su virtud coadyuvante en la consecución del interés general, hacen de aquéllos, elementos imprescindibles en el logro de los avances sociales.

³⁰ El capítulo III de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; está dedicado a las modificaciones de la normativa tributaria, mediante las

introducidos en la última ley de reforma fiscal. De este modo, los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado, el cónyuge y los tutores o acogedores de una persona con discapacidad, podrán deducirse de la base imponible de su IRPF un máximo de 8.000 euros anuales por las aportaciones dinerarias que realicen a un patrimonio protegido.

Si las aportaciones fueran no dinerarias, se permite la deducción de su valor y, si éste excediera de 8.000 euros, el exceso podrá deducirse durante los cuatro años siguientes, siempre que no se supere el máximo de 8.000 euros por año.

Además, en caso de que la aportación no dineraria pusiera de manifiesto un incremento de patrimonio en el aportante, dicho incremento se declara exento. Por ejemplo, si una persona hiciera como aportación una vivienda, la plusvalía puesta de manifiesto al transmitir la vivienda no tributa en este caso en el impuesto sobre la renta, como es habitual.

También se permite que las empresas puedan realizar aportaciones, dinerarias o no, a los patrimonios protegidos de sus empleados o de los parientes de éstos, también con un límite de 8.000 euros anuales. Esta aportación da derecho a una deducción de un 10 por 100 en la cuota del Impuesto sobre Sociedades.

- **Beneficios fiscales para el discapacitado.**

Para el beneficiario de estas aportaciones, tendrán consideración de rendimiento de trabajo en la misma medida en la que dan derecho a deducción, es decir, hasta un máximo de 8.000 euros anuales. No obstante, se declara exenta una cantidad equivalente al doble del salario mínimo interprofesional. Además, este rendimiento de trabajo no estará sujeto a retención.

que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, reforzando de esta manera los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, ha introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma Parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.

Al tener la consideración de rendimiento de trabajo, estas aportaciones, hasta un máximo de 8.000 euros anuales, no estarían sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y, sólo en caso de que la aportación superara este límite, el exceso estaría sujeto a dicho tributo.

Esta fiscalidad, unida a los beneficios que a favor de las personas con discapacidad introduce la última reforma tributaria, hace que sólo haya tributación cuando se aporten a los patrimonios protegidos grandes cantidades, o bienes de considerable valor, o cuando la persona con discapacidad tenga importantes ingresos.

Hay que tener en cuenta, además, que las Comunidades Autónomas podrán ampliar estos beneficios fiscales en el ámbito de aquellos impuestos sobre los que tienen capacidad normativa, especialmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre el Patrimonio.

- **Otras medidas de protección patrimonial.**

Además de regular el patrimonio protegido, la ley incorpora un conjunto de modificaciones del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil mediante las que se adoptan diferentes medidas que mejoran la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Entre ellas, destaca la regulación de la autotutela³¹. Es decir, se permite que una persona en previsión de una futura incapacitación, por ejemplo cuando se le diagnostica una enfermedad degenerativa, pueda designar un tutor para sí mismo. También se permite que cualquier persona pueda solicitar al juez su propia incapacitación³². Se

³¹ Vid. Artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

³² El artículo 223 del Código civil dispone en su nueva redacción que:

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

introducen, asimismo, diversas modificaciones del derecho de sucesiones³³. Concretamente, figuran las siguientes:

- a) Se impide que, en ausencia de testamento, puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida.
- b) Se permite que cualquiera de los padres pueda atribuir la totalidad de la herencia, incluyendo la legítima, a su hijo judicialmente incapacitado. Cuando éste fallezca, la legítima revertirá a sus hermanos o a los herederos de los mismos.
- c) En caso de que un hijo con discapacidad conviva con su padre o madre, en el momento del fallecimiento de estos últimos se establece el derecho del hijo con discapacidad a disfrutar de la vivienda habitual de la familia sin que ello compute como parte de la herencia.
- d) Finalmente, se regula por primera vez en el Código civil el contrato de alimentos³⁴, por el que una persona prestará vivienda, manutención y asistencia a otra, a cambio de un capital en bienes mueble o inmuebles. Utilizando esta fórmula, los padres de una persona con discapacidad podrán entregar a su fallecimiento un capital a una institución especializada, a cambio de que ésta atienda durante el resto de su vida a su hijo con discapacidad³⁵.

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."

³³ Vid artículo 10 sobre Modificación del Código Civil en materia de régimen sucesorio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

³⁴ Su ubicación se sitúa dentro del Libro IV, Título XII del Código Civil, aprovechando el "hueco" que en los artículos 1791 a 1797 había dejado la regulación del contrato de seguro, lo que no deja de ser curioso, ya que se ha cubierto la misma extensión y numeración de preceptos (siete en concreto, como los derogados en esos mismos números) para no alterar el Código Civil y rellenarlo con los famosos preceptos "bis" que suelen existir en distintos textos legales que reciben estas modificaciones puntuales en cada legislatura. Para su regulación en Galicia del vitalicio y la diferencia con alimentos, puede verse BELLO JANEIRO, D., *Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Reus, Madrid, 2008, págs. 211 a 267

³⁵ La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

4. Concepto de Autotutela.

El promotor del término “autotutela” fue el Abogado del Estado don Eloy SÁNCHEZ TORRES³⁶, aunque el que recomendó la introducción de esta figura en nuestro derecho fue don Diego María CREHUET DEL AMO³⁷ que la denominó “tutela fiduciaria” definiéndola como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella, antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”.

BADOSA habla de la autotutela como “legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación”, mientras que, por su parte, ROMERO CANDAU la considera, siguiendo esta misma línea conceptual como “posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien de tal cargo”, mientras que para CARPIO GONZÁLEZ “Es la posibilidad de que una persona mayor de edad para el caso de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)”.

De cualquier modo, la denominación de esta figura no ha sido pacífica en la doctrina, aun así entiendo, como lugar común, que con la Autotutela³⁸, también

Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código civil.

³⁶ “Una nueva modalidad tutelar”, en R.C.D.I. de 1928, págs. 347-348, donde se expresa en los siguientes términos: “La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”,

³⁷ Para un estudio de las ideas de CREHUET, vide DE COUTO GÁLVEZ, R. M^a, “Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela en Cataluña”, en R.G.L.J. (3^a época), enero-febrero, 2000, págs. 17 y ss.

³⁸ La ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, define la Autotutela en su Exposición de motivos como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”. Asimismo la Ley 9/1998, de 15 de julio (Código de Familia Catalán); en su preámbulo no define la Autotutela “... según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y

denominada delación voluntaria de la tutela³⁹, se permite designar ante un notario, en un documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que uno quisiera que fuera su tutor, en caso de que, en un futuro, fuera declarado incapaz. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela. Asimismo, la persona puede dejar en ella reflejada su voluntad, es decir, puede dar instrucciones de cómo quiere que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes. Es importante señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto decidir libremente lo que quiere hacer.

La autotutela puede recomendarse para prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro⁴⁰. Mediante el nombramiento de tutor se protege realmente a la persona mayor ya que en los momentos en que ella no tenga la suficiente capacidad para gobernarse, habrá una tercera persona, designada por ella misma, que cuidará de su persona y de sus bienes, con todas las garantías legales.

Sin embargo, en la práctica hay pocas personas dispuestas a hacer de tutores, incluso entre los familiares cercanos. Es por ello que se hace necesaria la existencia de entidades que realicen las funciones de tutela que antes correspondían a los hijos o familiares en los términos que hemos adelantado con anterioridad. Con el fin de poder ejercer las tutelas con la dedicación y responsabilidad que requieren se necesitan importantes recursos tanto económicos como personales. Convendría, por tanto, intentar sensibilizar a la sociedad y a las instituciones para que apoyen a las entidades tutelares en la consecución de estos recursos. Es la única forma de que la protección de la persona mayor que nos ofrece el Derecho pueda ser, cada vez más, una realidad.

establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacidad”.

³⁹ GARCÍA AMIGO denominaba *autodelación de la tutela* a la designación del propio tutor (Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 18 de mayo de 1983). Se estudió la autotutela e incapacitación voluntaria en otros debates parlamentarios como en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 24 de abril de 1983 y en la sesión plenaria del Senado de 21 y 22 de septiembre de 1984 (en Cortes Generales, Trabajos Parlamentarios, III, Código civil, reformas 1978-1983, Madrid, 1985).

⁴⁰ En este sentido FÁBREGA RUIZ, C. Expresa que “nadie más legitimado para regular su mecanismo protector para el futuro que una persona que aún conserva su total capacidad”.

Por último y en lo que respecta a su naturaleza jurídica huelga decir que nos encontramos ante un negocio jurídico que presenta las siguientes notas configuradoras siguiendo también las consideraciones más clásicas, comenzando por su carácter unilateral, porque la declaración negocial procede “*ex uno latere*”, sin que, por tanto, se necesite para su perfección de la aceptación de nadie ni de ninguna otra parte, para continuar con su condición de negocio que antes consideraba recepticio, en tanto que, para la producción de los efectos negociales, sí que me parecía que es necesario que la declaración de voluntad sea notificada; es decir, comunicada oficialmente y, por tanto, acreditando que ha sido dada a conocer a otra persona, pero que ahora, convencido por los profesores Vaquer Aloy y Pérez de Vargas⁴¹, considero que no se requiere manifestación del nombrado por lo que acepto perfectamente que no es recepticio.

Tiene, en todo caso, carácter personalísimo, porque el negocio de autodelación de la tutela sólo puede ser llevado a efecto por el propio interesado, sin que sea delegable su realización en un tercero que no lo podría haber llevado a cabo y, desde luego, es un negocio jurídico *inter vivos*, porque ha de producir sus efectos siempre en vida del declarante y nunca *mortis causa*, siendo solemne, en tanto que, para su validez, debe recogerse siempre en documento público notarial, así como revocable, al igual que sucede con el testamento (artículo 737 del Código civil), siendo mucho más correcto desde el punto de vista técnico la dicción del texto aragonés visto que habla de escritura pública al igual que se hace en Cataluña o Galicia en lugar de la mención a documento público notarial que se contiene en el vigente artículo 223 del Código Civil.

5. La Autotutela en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

La autotutela aparece regulada en el Capítulo II de la Ley 41/2003, el cual modifica los artículos 223, 234 y 239 del Código civil⁴², en términos de poca precisión

⁴¹ Vid. VAQUER ALOY, Antonio, “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, La Ley, número 5961, 24 de febrero de 2004, en tomo 2004/1, p. 1864, nota 11, que ha hecho rectificar en anterior postura mantenida por PÉREZ de VARGAS MUÑOZ, José, La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil. Revista de Derecho Privado 2001, p. 959, a quien yo también me sumé.

⁴² El propio Legislador en su Exposición de Motivos nos dice que la Autotutela “... *se regula introduciendo unos cambios mínimos en el código civil, consistentes en habilitar a las personas capaces*

técnica pues, como hemos dicho, se refiere a documento público notarial siendo más correcto, desde el punto de vista técnico la dicción del texto aragonés visto que habla de escritura pública al igual que se hace en Cataluña o Galicia, que, como reiteraremos, es el medio idóneo para recoger la autotutela.

Para encontrarnos en la ley con una definición de lo que es Autotutela debemos acudir al Preámbulo de la misma ya que a lo largo de su articulado no aparece ninguna definición, tal y como habíamos apuntado anteriormente, de tal suerte que la definición que la ley nos ofrece es la de “... la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”, en términos que adolecen de rigor y precisión como cuando se refiere a “cualquier disposición” y a continuación añade “incluida la designación de tutor”, que entra dentro de cualquier disposición y, sin embargo, no se especifica la autotutela negativa, es decir la exclusión de determinadas personas a que se refieren, en cambio, expresamente la normativa catalana, aragonesa y gallega, pudiendo haberse aprovechado para referirse también de modo expreso al curador, al que puede entenderse aludido al amparo de lo dispuesto en el artículo 291 del Código Civil.

El artículo 223 del Código civil quedará, así, redactado en los siguientes términos: “Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor⁴³, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”, añadiéndose, a continuación que “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

para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacidad, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación”.

⁴³ Este nuevo artículo del Código civil coincide con el artículo 173 de la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia catalán; que dispone que “*El padre y la madre que no estén privados de la potestad pueden ordenar en escritura pública, testamento o codicilo los nombramientos, sustituciones y exclusiones a que se refiere el artículo 172 y en la forma establecida en el mismo para cada uno de sus hijos menores, no emancipados o mayores de edad incapacitados, si tienen la potestad prorrogada o rehabilitada.*”

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 autorizante 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 caso del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

Por lo que respecta al primer párrafo de este artículo entiendo que la vía testamentaria, a que también se alude en Aragón, no es la más adecuada para recoger las disposiciones de la autotutela, ya que la autotutela es un negocio jurídico *inter vivos*, y el testamento es el prototipo de los negocios jurídicos *mortis causa*. De esta opinión es ROMERO CANDAU, quien considera que la autodelación de la tutela “en testamento no tendría sentido y ni siquiera sería conveniente”; y CAMPO GÜERRI “En cuanto al documento público notarial, si bien se ha admitido tanto la escritura pública como el acta de manifestaciones, a nuestro juicio, el instrumento adecuado es únicamente la primera dado el carácter esencialmente negocial de estas disposiciones”.

Considero, al igual que José PÉREZ de VARGAS MUÑOZ⁴⁴ que la escritura pública es el medio idóneo para recoger la autotutela, y ello según el artículo 144.2 del Reglamento Notarial, “contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. Por el contrario el contenido de las actas son los “hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos” tal y como dispone el artículo 144.3 del Reglamento Notarial, siendo, por todo ello más precisos los textos de Aragón, Cataluña o Galicia que hablan de escritura pública.

Por último, estimo que esa designación podría hacerse en escritura pública que tuviese por esencial finalidad otro negocio jurídico distinto, ya que del tenor literal del artículo 223 del Código civil sólo se deduce que es preciso que la designación de tutor se haga en “documento público notarial” sin indicar en ninguna parte que ese

⁴⁴ PÉREZ de VARGAS MUÑOZ, José, La autotutela, cit., págs 967 y 968.

documento público haya de tener por objeto único tal designación⁴⁵, por lo que también es criticable la referencia que se hace, al igual que en Aragón, a cualquier disposición, con falta de rigor.

Por lo que respecta al segundo párrafo del artículo 223, entiendo que no solo los mayores de edad pueden realizar el negocio de la autotutela sino que también los menores de edad emancipados, ya que este artículo nos habla de “cualquier persona”, añadiendo “con la capacidad de obrar necesaria”, lo que originar problemas de interpretación por la falta de rigor del legislador en esa expresión, que es mucho más acertada y precisa en Aragón, que alude a “cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente”, precisándose en Galicia y Cataluña que se circunscribe a personas mayores de edad.

Y pienso de acuerdo con el Código Civil que se debería de reconocer al emancipado esa capacidad para la autotutela ya que el artículo 323 del Código civil le habilita “para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, aunque le impide realizar por sí solo exclusivamente una serie de actos (tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor), para los que le exige la asistencia de sus padres o curador. Mas nótese que, en relación con estos actos, el consentimiento definitivo para su realización procede siempre del emancipado, no del curador, que tan sólo le presta asistencia, pero sin que en ningún momento la voluntad de aquél pueda ser sustituida por la de éste, ya que el curado no es un representante legal del emancipado. Pero, además el artículo 323 del Código civil entre estos actos que impide al menor emancipado realizar por sí solo no se encuentra el de la autotutela.

Todas estas consideraciones me llevan a admitir que el menor emancipado, de acuerdo con el Código Civil, debería poder realizar por sí solo el negocio jurídico de la autotutela. Sin embargo GARCÍA-GRANERO COLOMER opina que el menor

⁴⁵ Autores como MAJADA PLANELLES, A. (La incapacitación, la tutela y sus formularios, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 54): “No expresa el artículo 223 del código si ha de tratarse de documento notarial autónomo, que especialmente haya de tener por objeto la ordenación tutelar. Claro está que sería insólito encontrarse con ésta en un documento notarial cualquiera, que no tuviera esa finalidad concreta y sin relación alguna con el derecho de familia, aunque no por ello dejaría de ser válida... De no tratarse de un documento autónomo, lo más frecuente será que las cláusulas tutelares se inserten en una escritura de

emancipado debería poder designar tutor de sí mismo, pero asistido de su padre o, en su caso, de su curador.

Con respecto a los dos últimos párrafos de este artículo, autores como José PÉREZ de VARGAS MUÑOZ⁴⁶ entienden que habría que haber adoptado una solución “a la catalana”⁴⁷, es decir, dado que esos negocios jurídicos de autotutela sólo podrían perfeccionarse por escritura pública, requisito *ad solemnitatem*, a efectos de su publicidad debería crearse un Registro especial al que los notarios vinieran obligados a dar cuenta de las escrituras de autotutela que vayan autorizando. Este Registro especial debería estar inserto en la Dirección General de los Registros y del Notariado y tener competencia en el ámbito estatal, según dicho autor⁴⁸, que es mucho más atinado que la regulación actual que se refiere al Registro Civil, donde aparece el nacimiento

En lo que se refiere al nombramiento de tutor, se modifica el artículo 234 del Código civil párrafo primero de tal manera que se preferirá, en primer lugar, al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223, tras lo que figura el cónyuge que conviva con el tutelado, los padres, la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad y, en último lugar, el descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”⁴⁹, si bien en 2003 no se

capitulaciones matrimoniales”. Opinión que aunque fue formulada en el año 1985 sigue teniendo vigencia.

⁴⁶ Ob. Cit., pág 970.

⁴⁷ La Ley 11/1996, de 29 de julio, del Parlamento de Cataluña, creó un Registro que denominó “de tutelas y Autotutelas”. La Disposición Adicional del Código de Familia de Cataluña ha dispuesto que ese Registro pase a denominarse ahora “Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentarios”. Y el artículo 251.1 del mismo Código decía: “En el Registro de nombramientos Tutelares no Testamentarios se inscriben las delaciones de las tutelas que han sido otorgadas en uso de las facultades previstas en el artículo 172”. Este Registro se rige, en lo relativo a su organización, funcionamiento y publicidad, por el Decreto 360/1996, de 12 de noviembre, de la Generalidad de Cataluña, y comenzó a funcionar en enero de 1997. En cuanto a la inscripción, en el apartado 8 del artículo 222 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, *se dice que* las delaciones de las tutelas otorgadas en escritura pública deben inscribirse en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, añadiéndose que el notario que autorice la escritura debe comunicarlo de oficio al registro.

⁴⁸ Como hemos observado anteriormente el legislador español optó por una solución distinta a la catalana ya que “Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”.

⁴⁹ Podemos observar que este orden de preferencia no coincidía con el artículo 179 de la Ley 9/1998, de 15 de julio de Código de Familia catalán, el cual disponía que debe preferirse en la tutela de incapaz, a su cónyuge o la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja, en ambos casos, si la persona designada convive con el incapaz; a los descendientes del incapacitado si son mayores de edad o, de otro modo los ascendientes, y, en este caso, si son el padre y la madre, supone la prórroga o rehabilitación de la potestad de los dos o de cualquiera de ellos; al cónyuge del padre o de la madre del menor o incapacitado o la persona que, al morir uno u otro, se halle respecto a éste en el supuesto de

modificó ni el resto de párrafos del artículo 234 ni los artículos 233 o 235 por lo que no le vinculan al Juez las disposiciones nombrando tutor dado que puede alterar el orden, en resolución motivada en beneficio del incapacitado, ignorando la designación del tutelado “en resolución motivada” a diferencia de la más rigurosa redacción aragonesa que se lo permite sólo por “circunstancias especiales”.

Por último, se añade un nuevo párrafo al artículo 239 del Código civil de tal manera que este será su contenido: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Este nuevo párrafo al artículo 239 del Código civil viene a ser una especie de cláusula de salvaguardia para los casos de falta de nombramiento de tutor, donde se proclama sin ambigüedades, la responsabilidad de las Administraciones públicas en la protección de los incapacitados desamparados. En el fondo se trata de un compromiso

persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja; en ambos casos, si la persona designada ha convivido con el menor o incapacitado durante los últimos tres años y, por último, a los hermanos del menor o incapacitado, señalándose en el segundo apartado de dicho precepto que no obstante, si lo estima más conveniente para los intereses del menor o incapacitado, la autoridad judicial, en resolución motivada, puede alterar el orden establecido o elegir a otra persona, teniendo en cuenta aquellas que se presenten voluntariamente para asumir los cargos indicados, si pueden beneficiar al menor, lo cual aparece ahora regulado de manera más extensa, y también distinta a la regulación estatal, en el apartado 10 del artículo 222 que introduce ahora la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en cuanto al orden de la delación, dice, en primer lugar, que la designación corresponde a la autoridad judicial si no existe ninguna persona designada por un acto de delación voluntaria, si no procede su nombramiento o si se excusa o cesa por cualquier causa., añadiendo que en el caso de la autoridad judicial ha de preferir para la tutela a: a) El cónyuge o el conviviente en pareja estable de la persona incapacitada, si existe convivencia. b) Los descendientes mayores de edad de la persona incapacitada. c) Los ascendientes del menor o incapacitado, salvo que se prorrogue o rehabilite la potestad parental. d) En caso de muerte del progenitor del menor o incapacitado, el cónyuge o el conviviente en pareja estable de aquel, si convive con la persona que debe ser puesta en tutela y e) Los hermanos del menor o incapacitado, tras lo que añade que, no obstante, si lo estima más conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada, la autoridad judicial, mediante resolución motivada, puede alterar el orden establecido o elegir a la persona que ha actuado como asistente o como guardadora de hecho, a las que se presenten voluntariamente para asumir los cargos indicados u a otra persona, así como que si existen varias personas que quieren asumir la tutela, la autoridad judicial puede remitirlas a una sesión informativa sobre mediación familiar, con la finalidad de que alcancen un acuerdo, tras lo que concluye que si no existen personas del entorno familiar o comunitario que quieran asumir la tutela, la autoridad judicial debe designar personas jurídicas, públicas o privadas, sin ánimo de lucro, que puedan asumirla satisfactoriamente.

social a favor de las personas que no pueden valerse por sí mismas por razón de enfermedad o disminución psíquica y se encuentran desatendidas, ya sea porque no han sabido o podido tomar previsiones con anterioridad, o porque no se les asiste en su entorno familiar.

La responsabilidad pública, ciertamente, debe ser subsidiaria, pero es ineludible y, por lo tanto, se debería instrumentar su ejercicio por vía de la delegación de funciones en profesionales o entidades no lucrativas que cumplan admirablemente estas finalidades de protección.

Con este nuevo párrafo al artículo 239 del Código civil se hace efectivo el artículo 49 de la Constitución Española que impone a los poderes públicos el deber de prestar a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales la atención especializada que requieren y el amparo para disfrutar de los derechos que les corresponden como ciudadanos.

5. La autotutela en la normativa aragonesa.

El derecho de la persona en el derecho civil aragonés se refiere, básicamente, al desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces, encontrándose en la actualidad contemplada su normativa ampliamente en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, a la que precedió la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, así como la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, siendo la última norma sobre el particular la Ley 2/2010, de 26 de mayo, sobre la “Igualdad en las Relaciones Familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, de suerte que todas estas instituciones civiles aragonesas tienen ciertamente poca antigüedad.

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, consta de cuatro Títulos de suerte que el I se refiere a la capacidad y estado de las personas; el II, a las relaciones entre ascendientes y descendientes; el III, a las relaciones tutelares, y el IV, a la Junta de Parientes, comenzando por el Título I sobre la capacidad y estado de las personas, que, a su vez, consta de tres Capítulos: I, Capacidad de las personas por razón de la edad; II, Incapacidad e incapacitación y III, Ausencia, mientras que el Título II,

sobre las relaciones entre padres e hijos, consta de tres capítulos: en el capítulo 1 se habla de los efectos de la filiación; en el 2 del deber de crianza y autoridad familiar y en el 3 de la gestión de los bienes de los hijos, concluyendo el Título IV con la regulación de la Junta de Parientes.

Pues bien, por lo que nos interesa, el Título III de esta Ley se ocupa de las relaciones e instituciones tutelares respecto de menores y de incapacitados, regulando la tutela, la curatela y el defensor judicial, así como las instituciones de la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela, siendo éstas complementarias de las anteriores, posibilitándose el nombramiento de administrador de bienes, coexistente con los padres o el tutor, y especificándose que la autoridad judicial salvaguarda la tutela, que se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, potenciándose la autonomía de los particulares en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse.

En Aragón, la “autotutela” se considera como institución mediante la cual cualquier persona capaz y mayor de edad, previendo ser incapacitada judicialmente puede, mediante escritura pública, designar a las personas que ejercerán las funciones tutelares, así como adoptar las disposiciones relativas a su persona y bienes para cuando esté incapacitado, incluido un mandato a tercero que no se extinga por su incapacidad sobrevinida o su incapacitación, añadiéndose que también podrá promover, en su momento, su propia incapacitación.

Por su parte, el Preámbulo de la Ley aragonesa que estamos referenciando de 2006 reconoce explícitamente que la Ley estatal 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se aplica en Aragón en lo necesario —pues buena parte de su contenido de Derecho civil era ya posible en Aragón en virtud del principio *standum est chartae*— y así prevé el artículo 37 que siga siendo en adelante, con pequeñas adaptaciones.

A su vez, en dicho Preámbulo se recuerda que el sistema tutelar propio del Derecho aragonés fue erosionado por las Leyes de enjuiciamiento civil (1855 y 1881) y, luego, por el Código civil, situación en la que llegó al Apéndice de 1925, señalándose que, sin embargo, tanto los proyectos de Apéndice (1899 y 1904) como el Anteproyecto del Seminario de la Comisión compiladora que preparó la Compilación de 1967

replantearon toda la materia inspirándose de una parte en el Derecho histórico y atentos, de otra, a las necesidades sentidas en cada momento por la sociedad, añadiéndose que esta línea sigue la referida Ley, que viene a sustituir a una regulación fragmentaria que ofrecía muchas dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que responden a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

Así, el Título III de la ley, como hemos adelantado, se ocupa de las relaciones tutelares en toda su amplitud, referidas tanto a menores como a incapacitados, regulando la tutela, la curatela y el defensor judicial como instituciones tutelares, así como la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela como instituciones complementarias de las anteriores y también posibilita el nombramiento de administrador de bienes (coexistente con los padres o el tutor) por quien disponga de tales bienes a título gratuito a favor del menor o incapacitado, señalándose que, en general, el sistema no se aparta en los rasgos esenciales del hasta ahora conocido, de modo que puede considerarse de «tutela de autoridad», puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero se potencia la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares.

En los tres primeros Capítulos de ese Título se abordan cuestiones que atañen a todas las instituciones tutelares, y así prevalece la delación voluntaria, puesto que la dativa o judicial es subsidiaria y complementaria de aquella (artículo 89.2) y únicamente procede en su defecto, total o parcial (artículo 101), mientras que la legal está prevista tan solo en caso de desamparo de menores o incapacitados (artículos 89.1. c, y 104 a 108).

Se admite la llamada «autotutela», es decir, que cualquier persona mayor de edad y capaz, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes para cuando esté incapacitado, incluido un mandato a tercero que no se extinga por su incapacidad sobrevenida o su incapacitación, de acuerdo con la literalidad de su artículo 95, recordándose que, de

acuerdo con el artículo 757 de la Ley de enjuiciamiento civil, también podrá promover, en su momento, su propia incapacitación.

En concreto, en el artículo 95, sobre la delación hecha por uno mismo, se dice en el apartado 1 que conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación, añadiéndose que podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal, para concluir en el apartado 2 de este precepto que la entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados no podrá ser objeto de designación o exclusión voluntaria.

Por lo demás, en Aragón, los titulares de la autoridad familiar pueden designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y adoptar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad, mediante testamento o escritura pública (artículo 96), previéndose reglas para cuando haya pluralidad de designados o disposiciones incompatibles, así como la vinculación del Juez, salvo circunstancias especiales, a las delaciones voluntarias, estableciéndose que solo en ausencia de estas procede la designación judicial de las personas del elenco ordenado del artículo 102.

El Capítulo III de este Título señala con cuidado la capacidad de las personas tanto físicas como jurídicas para ser titulares de cargos tutelares, las causas de inhabilidad, las causas y efectos de la excusa y de la remoción, así como el procedimiento para esta última, mientras que el Capítulo IV, dedicado específicamente a la tutela, comienza señalando las personas sujetas a tutela ordinaria o a la tutela automática de la entidad pública, así como las personas obligadas a promover la constitución de la tutela.

En el sistema aragonés pueden concurrir varias personas simultáneamente en el ejercicio de la tutela (artículo 120), y además de la posibilidad de separar la tutela de la

persona de la de los bienes, cabe que en la delación voluntaria se haya designado a dos tutores -nunca más de dos- para actuar simultáneamente y también serán dos los tutores cuando lo sean los padres o los abuelos paternos o maternos, así como, por decisión del Juez, cuando tutor sea una persona casada y considere conveniente que también ejerza la tutela su cónyuge.

A su vez, el artículo 128 da reglas para el ejercicio de la tutela plural, señalándose que la administración de los bienes corresponde al tutor, en la medida en la que no se haya designado tutor de todos o parte de los bienes o no haya designado administrador para determinados bienes la persona de quien proceden estos por título lucrativo (artículo 121), previéndose las clásicas obligaciones de fianza e inventario, así como la de rendir cuenta general justificada de su gestión, ante la autoridad judicial, al cesar en sus funciones.

En el contenido personal de la tutela se acentúan los rasgos familiares y, cuando recae sobre menores, se acerca la figura del tutor a la de los padres, pues la tutela tiene en principio el mismo contenido que la autoridad familiar, incluido, por tanto, el deber de tener al pupilo en su compañía, estableciéndose que la edad del menor es decisiva para determinar la extensión y modo de ejercicio de los deberes del tutor (por ejemplo, a efectos de la representación o la prestación de asistencia según sea o no mayor de catorce años) (artículo 122.1).

En el derecho aragonés pueden concurrir varias personas simultáneamente en el ejercicio de la tutela. También serán dos los tutores cuando lo sean los padres o los abuelos paternos o maternos o cuando, por decisión del Juez, el tutor sea una persona casada y considere conveniente que también ejerza la tutela con su cónyuge, debiendo cumplir todos con sus obligaciones de fianza e inventario, rendir cuenta general justificada de su gestión ante la autoridad judicial, al cesar en sus funciones.

La tutela se manifiesta también en algunos aspectos familiares como la obligación, en última instancia, de alimentos cuando no haya nadie más que se los pueda proporcionar al pupilo y así en este título también se establece la curatela de los emancipados y de los incapacitados, si así lo determina la sentencia de incapacitación y, por último, también se hace referencia a la guarda, que de hecho es transitoria, a la

guarda administrativa y al acogimiento familiar, con lo que doy por concluida esta aproximación a la regulación aragonesa para dar paso a la exposición de la normativa gallega, que está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

6. La autotutela en la Ley de Derecho Civil de Galicia y el recurso ante el Tribunal Constitucional.

El 6 de Junio de 2006 se aprobó en el Parlamento de Galicia la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia, publicada en el DOG el 29 de junio y en vigor desde el 19 de julio del mismo año 2006, que supone una gran reforma de la anterior regulación del derecho civil gallego recogida en la Ley 4/1995, que tenía 170 artículos, siendo la actual una más amplia Ley con 308 artículos, 4 disposiciones adicionales (alguna de gran relevancia como la que equipara al matrimonio las relaciones maritales, que ya ha sido modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio y está pendiente de que se apruebe una Ley de parejas de hecho en Galicia), 3 transitorias, 1 derogatoria y otra Disposición final.

Sus novedades más importantes son, por lo que a nosotros nos interesa ahora, la protección de los menores en situaciones de desamparo y de la regulación de la adopción, cuya inconstitucionalidad ha instado el Gobierno Central, la regulación de la autotutela en previsión de una situación de incapacidad futura, pero llegando ya tarde, después de la regulación estatal, y también cuestionada ante el Tribunal Constitucional, por carecer de antecedentes en el derecho civil gallego y no guardar conexión alguna con instituciones propias de tal legislación civil, incidiendo, además, en el ámbito de la legislación procesal sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado⁵⁰. Y el reconocimiento de los mismos derechos de los cónyuges a las parejas de hecho y los matrimonios entre personas del mismo sexo, vulnerando la Constitución, que ha sido cuestionada también ante el Tribunal Constitucional por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

⁵⁰ También se considera que los artículos 42, 43 y 46 de la Ley 2/2006 vulneran la Constitución al regular la posibilidad de realizar la designación de tutor en escritura pública, argumentándose en el recurso que el posible contenido de esta escritura vulnera la reserva competencial establecida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución a favor del Estado en cuanto a las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Dentro de esta dinámica en la que se sitúa la vigente Ley gallega había surgido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre; Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Normativa Tributaria con esta finalidad y más concretamente la figura de la Autotutela que aparece por primera vez en nuestro derecho patrio, razón por la cual la normativa gallega se encuentra en estos momentos recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En Galicia, en concreto, en su Artículo 42 se señala que en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar substitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo, añadiéndose en el artículo 43 que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública.

Por su parte, en el artículo 44 se añade que asimismo el interesado podrá fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes, concluyendo la regulación con la contenida en el artículo 45, en cuya virtud las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores vincularán al juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

En el recurso de inconstitucionalidad número 2845-2007 promovido por el Presidente del Gobierno contra dichos artículos, entre otros, se dice, con toda razón, que dichos preceptos no se oponen a los ya expuestos antes del Código Civil pero sí presentan diferencias, siendo la regulación más detallada y sin la existencia de precedentes en el derecho civil gallego puesto que no puede considerarse como tal la regulación de la tutela administrativa, desde una perspectiva asistencial, que lleva a las entidades u organismos públicos a hacerse cargo de menores o incapaces desamparados

que no tiene nada que ver con la forma de tutela ordinaria en que, desde el punto de vista civil, consiste la autotutela, que implica una declaración de voluntad para el futuro sobre la propia disposición de bienes y derechos y no tiene conexión alguna con las instituciones del derecho civil de Galicia, teniendo en cuenta, por lo demás, que se ha planteado en materia de adopción el recurso a pesar de que ello ya había sido objeto de regulación, si bien no en lo relativo a la formación de los aspectos jurídico-civiles, en la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia⁵¹.

Además, se argumenta que, a diferencia del Código, que se ocupa genéricamente de la autotutela en términos vistos, la ley gallega dedica un título aparte y diferenciado del título dedicado a menores, en que sí se ocupa de la tutela administrativa, siendo más detallada la regulación en Galicia que la del Código Civil con la que difiere en algunos aspectos como cuando el artículo 42 gallego exige simplemente la mayoría de edad mientras que el artículo 223 del Código Civil requiere capacidad de obrar suficiente para realizar la designación de futuro tutor.

En mi opinión, desde hace veinte años se aprueban, por no hablar del *Estatut*, en el *Parlament* catalán, leyes de Derecho civil en expresa contradicción con la Constitución española, sin que ningún Gobierno interpusiese recurso de inconstitucionalidad contra las mismas cuando las mayorías parlamentarias no eran absolutas, destacando que la primera Ley del Código Civil de Cataluña, en cambio, fue recurrida por el Gobierno, entonces presidido por José María Aznar, el 10 de abril de 2003, y que dicho recurso fue

⁵¹ En el propio recurso de inconstitucionalidad se recuerda que, al margen de su legislación sobre derecho civil propio, el Parlamento de Galicia había legislado ya sobre protección de menores, pero se puntualiza su alcance y contenido en sus justos términos, señalando que la Ley gallega 4/1993, de 14 de abril, reguladora de los Servicios Sociales, que deroga la anterior Ley gallega 3/1987, sobre la misma materia, se refiere a la institución de la adopción, pero no lo hace desde una perspectiva de regulación de los aspectos jurídico-civiles de tal institución, sino, exclusivamente, desde la perspectiva de incluir a los servicios administrativos relacionados con la adopción en la Comunidad de Galicia en la consideración de servicios sociales de atención especializada, en el marco de la competencia autonómica en materia de asistencia social reconocida en el artículo 148.1.20^a de la Constitución y en los artículos 27.23 y 24 del Estatuto de Autonomía de Galicia, tras lo que se añade que la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia, que, como dice en su Preámbulo, pretende superar el obstáculo de identificación entre derecho de familia y derecho civil, también aborda la regulación de la adopción, pero, desde el punto de vista de la ordenación de la gestión pública del procedimiento adoptivo en la Comunidad Autónoma de Galicia y no en lo relativo a la formación de los aspectos jurídico-civiles de tal institución.

retirado por el Gobierno del mismo Presidente actual, José Luis Rodríguez Zapatero, el 3 de septiembre de 2004, al poco de asumir el poder.

A partir de entonces Cataluña, con efecto mimético para el resto de Comunidades, ha regulado la mayor parte del Derecho Civil, siendo la última, que veremos a continuación, la Ley del Libro Segundo de su Código Civil, por lo que, por la mecánica del recurso de inconstitucionalidad, a consecuencia de la pasividad -por motivos políticos- de los legitimados activamente para interponerlo, existen multitud de leyes autonómicas de derecho civil que vulnerando, claramente, el contenido de la Constitución conservan, empero, su vigencia.

No niego, ni mucho menos, el interés en que se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre la atribución competencial en materia de derechos civiles forales que contiene la Constitución, acaso con motivo de la Ley de Derecho Civil de Galicia, si bien parece prudente pedir al Gobierno central, tan permisivo cuando le interesa, coherencia y lealtad, porque se ha hurtado al conocimiento del Alto Tribunal la acomodación a nuestra Constitución de la posibilidad de dictar un amplio Código Civil en Cataluña y otras Comunidades, lo que es inadmisibile ya que no resulta justificable impugnar ahora lo que no se impugnó antes.

En todo caso, insisto en que al poco de la aprobación de la Ley de 2006, se anunció que el Gobierno central estudia presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional contra los artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia relativos a la adopción de menores, al igual que sucedió, en su día, en Aragón. Y a la autotutela. Y así sucedió. Y se podría plantear respecto de la equiparación del matrimonio y las parejas de hecho, lo que, efectivamente, acaba también de cuestionarse por parte del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por lo que atañe en concreto a la autotutela, se dice en el recurso que los artículos impugnados suponen una regulación general y exhaustiva de una institución que, al igual que la adopción, carece de antecedentes en el derecho gallego y no guarda conexión con instituciones propias de dicha legislación civil de Galicia, de manera que dicha regulación excede de las facultades constitucional y estatutariamente atribuidas a Galicia, considerándose que los artículos 42, 43 y 46 de la Ley 2/2006 vulneran la

Constitución al regular la posibilidad de realizar la designación de tutor en escritura pública, argumentándose en el recurso que el posible contenido de esta escritura vulnera la reserva competencial establecida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución a favor del Estado en cuanto a las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Se añade que lo regulado en el artículo 42 al contemplar la posibilidad de instituir la autotutela en escritura pública; en el artículo 43 al señalar la posibilidad de que el instituyente designe e identifique en escritura pública la pluralidad de personas entre las cuales su cónyuge u otra persona (en la que previamente haya delegado esta facultad), haya de realizar, en el futuro, la designación de tutor y, finalmente, en el artículo 44 en el que se enumeran las disposiciones que, sobre el desempeño de la tutela, podrá incluir, en su caso, el interesado en la escritura pública de designación de tutor (si hubiera utilizado dicha escritura pública), plantea también problemas de orden competencial puesto que la actividad de determinar los supuestos en que es necesaria escritura pública debe considerarse incluida en la competencia estatal exclusiva para la ordenación de los registros públicos de acuerdo con las SSTC 72/1983; 156/1993 Y 173/1998.

En rigor, de acuerdo con la Constitución, la legislación civil es competencia exclusiva del Estado y sólo la preexistencia de un Derecho civil foral en determinadas Comunidades Autónomas, no en todas, permite la conservación, modificación y desarrollo de su derecho propio que, "en todo caso", nunca podrá alcanzar a las materias reservadas al Estado, entre las que figuran las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio y ordenación de los registros e instrumentos públicos⁵².

Sin embargo, la realidad ha seguido distinto camino en beneficio de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, siendo propiciada, en buena

⁵² Sobre el tema, ampliamente, me he extendido, y a sus términos me remito para mayor detalle, en BELLO JANEIRO, D. "La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia", *Revista Jurídica del Notariado*, número 14, abril-junio 1995 y en *Derecho Civil Gallego*, Madrid, 1996; El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1999., así como en Bello Janeiro, D./Fraga Iribarne, M., *El desarrollo del derecho civil gallego en el marco constitucional*, Discurso de ingreso y contestación de la

medida, la desaforada actividad legislativa autonómica –aunque no sea razón justificativa suficiente- por la pasividad estatal en materias del Derecho Civil demandadas por la sociedad, en el ámbito sucesorio, de viudedad o de las parejas de hecho.

Todas las Comunidades Autónomas, y no sólo las forales, han asumido competencias en materia de Derecho Civil y no se han limitado a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho, sino a legislar, bajo principios propios, y distintos a los del Código Civil, sobre las instituciones que les ha parecido más oportuno, tuvieran o no antecedentes en su legislación, que pudieran desarrollar, e incluso forzando las materias atribuidas "en todo caso" al Estado.

Todas han ido ampliando su Derecho Civil más allá de la permisón del texto Constitucional, hasta el punto de que algunas de ellas, sobre todo Cataluña, han regulado la mayor parte del Derecho Civil, de suerte que, por la mecánica del recurso de inconstitucionalidad, a consecuencia de la pasividad –generalmente por motivos políticos- de los legitimados activamente para interponerlo, leyes autonómicas que vulneran, claramente, el contenido de la Constitución conservan, empero, su constitucionalidad.

En cambio, en Galicia se razona que la *ratio legis* de la regulación de la autotutela supone una regulación *ex novo* de materias no reguladas anteriormente puesto que la propia Ley gallega 2/2006 se refiere a “el desarrollo” de “algunas materias (la adopción y la autotutela) no reguladas” antes, aduciéndose en el recurso que difícilmente puede hablarse de desarrollo legislativo cuando no existen en el derecho civil gallego previamente instituciones de adopción y de autotutela que desarrollar, ni instituciones de derecho foral propio con las que exista una conexión relevante que justifique la competencia de la Comunidad Autónoma para regular *ex novo* tales instituciones, lo que se pretende demostrar con la falta de derogación expresa de disposición anterior gallega que con carácter singular o especial regulara la institución de la adopción o de la autotutela o instituciones conexas con estas.

Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Coruña, 2006 y El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional. El caso gallego, editorial Difusión Jurídica, 2010.

Insisto en que sería bueno que se pronunciase ahora el TC sobre la atribución competencial en materia de derechos civiles forales de la Constitución, acaso con motivo de la Ley de Derecho Civil de Galicia, aprobada por unanimidad, pero también reitero que hay que ser coherentes, porque no pudimos tener conocimiento de la decisión del TC acerca del Código Civil catalán y su incardinación constitucional por la retirada por parte del Gobierno de la Nación del recurso interpuesto, por el anterior ejecutivo, contra el Libro I de dicho texto legal autonómico, que acaba de ver aprobada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, su libro segundo relativo a la persona y familia a que haremos mención detallada en el siguiente epígrafe.

7. La autotutela en Cataluña.

En cuanto a la tutela, ya hemos dicho que en el Preámbulo de la normativa catalana contenida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se dice que el capítulo II incorpora el régimen del Código de familia, pero con algunas novedades remarcables y así, por una parte, en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, con la admisión de la autotutela, se flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona, admitiendo que, si se hubiese otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esta circunstancia se llegue a producir no lleva necesariamente a la extinción de aquél⁵³.

O sea, en Cataluña se permite que, sin necesidad de constituir la tutela, el apoderado pueda continuar cuidando de los intereses de la persona que ya no puede valerse por sí misma, lo que no impide que, en interés de la persona protegida, llegue finalmente a

⁵³ En concreto, en el capítulo II, sobre la tutela, se comienza diciendo en el añadido artículo 222-1, que deben ponerse en tutela tanto los menores no emancipados que no estén en potestad parental cuanto los incapacitados, si lo determina la sentencia, especificándose en el apartado 2 de dicho precepto que no es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses, mientras que, por su parte, en el apartado 4 de dicho artículo 222-4, según la redacción de 2010, se declara que en el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares y que también puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona.

constituirse la tutela y que la autoridad judicial, si se lo solicita el tutor, pueda resolver la extinción del poder, aduciéndose que se trata de que no siempre sean precisas la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar.

Paralelamente, en Cataluña se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar a la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz de suerte que, por una parte, se consideran ineficaces las delaciones hechas por uno mismo si la escritura que las contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sobre su capacidad o después de que el ministerio fiscal haya iniciado sus diligencias preparatorias y por otra parte, se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o al ministerio fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el mismo interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad, incidiéndose también en la aptitud para ejercer los cargos tutelares⁵⁴.

Junto a la disposición que permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son un reflejo del nuevo modelo de protección de la persona que diseña el libro segundo que ya hemos insistido en que confiesa el legislador catalán que ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida, por lo cual el capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor

⁵⁴ Así, se adaptan las normas sobre excusas a la realidad de la necesaria y conveniente especialización de las entidades tutelares no lucrativas dedicadas a la protección de personas incapacitadas por lo que se permite que las personas jurídicas se excusen si no disponen de medios suficientes para desarrollar adecuadamente la tutela o si las condiciones personales del tutelado son ajenas a los fines para los que han sido creadas y, a su vez, en línea con la crítica unánime que habían hecho los denominados operadores jurídicos, también se ha revisado el régimen de rendición de cuentas durante el ejercicio del cargo y al final de éste, de modo que deban rendirse ante la autoridad judicial que haya constituido la tutela.

de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas⁵⁵.

El capítulo VII incorpora al derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bienes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa, puesto que se declara que en Cataluña han detectado que, pese a los beneficios fiscales establecidos por la legislación estatal, los casos en que las familias catalanas han usado este instrumento han sido más bien pocos⁵⁶.

En cuanto a la inscripción, en el apartado 8 de este mismo precepto se dice que las delaciones de las tutelas otorgadas en escritura pública deben inscribirse en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios, añadiéndose que el notario que autorice la escritura debe comunicarlo de oficio al registro, regulándose a continuación la constitución y ejercicio de la tutela⁵⁷.

⁵⁵ Se dice que se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad, señalándose, como anticipamos, que dicho instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades, tras lo que se concluye que, en línea con 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, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela, siendo que, además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵⁶ Precisamente, a continuación se declara que la regulación que se propone, coherente con el objetivo de ofrecer una protección patrimonial a la persona beneficiaria, afecta el patrimonio protegido a esta finalidad y parte de la idea que este patrimonio no responde de las obligaciones de la persona beneficiaria, ni tampoco de las de la persona constituyente o de quien hizo aportaciones, sino que únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida. Como complemento de esta figura, se diseña un régimen de administración del patrimonio protegido y de supervisión de la actividad del administrador y la disposición adicional primera regula, también, la creación del Registro de patrimonios protegidos.

⁵⁷ Por lo que se refiere a la constitución y ejercicio de la tutela el nuevo artículo 222-14 del Código Civil catalán, comienza por referirse a las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, señalando, en el número 1, que las personas a que se refiere el artículo 222-10 y las personas o las instituciones que tengan en su guarda a un menor o una persona que debe ponerse en tutela están obligadas a promover su constitución y responden de los daños y perjuicios que causen a aquella persona si no la promueven, tras lo que se añade en el número 2 que la entidad pública competente en materia de

En el capítulo VI se regula ampliamente la asistencia, comenzando en el nuevo artículo 226-1 del Código Civil catalán por el nombramiento de asistente, con una disposición primera en cuya virtud la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, tras lo que se dice en el número 2 que la autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia, regulándose, seguidamente, en los siguientes números, el contenido de la asistencia⁵⁸, la anulabilidad de los actos de la persona asistida⁵⁹, la modificación de la asistencia⁶⁰ y su extinción⁶¹.

protección de menores debe instar a la constitución de la tutela de los menores desamparados que tenga a su cargo si existen personas que puedan asumirla en interés de aquellos, puntualizando en el número 3 que el ministerio fiscal debe pedir la constitución de la tutela o la autoridad judicial debe disponerla de oficio si tienen conocimiento de que existe alguna persona que debe ser puesta en tutela en el ámbito de su jurisdicción, para concluir en el apartado 4 que toda persona que conozca la circunstancia a que se refiere el apartado 3 debe comunicarla a la autoridad judicial o al ministerio fiscal.

⁵⁸ En el nuevo artículo 226-2, según redacción de 2010, se dice que en la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente, especificándose que, en el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales, especificándose que, en particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas, tras lo que se añade que, en el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia, tras lo que se concluye que, a petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.

⁵⁹ Por su parte, en el artículo 226-3 del Código Civil catalán se contempla la anulabilidad de los actos de la persona asistida, señalándose que los actos jurídicos que la persona asistida haga sin la intervención del asistente, si esta intervención es necesaria, son anulables a instancia del asistente o de la persona asistida y también lo son a instancia del tutor, si se constituye la tutela, y de los herederos de la persona asistida, en el plazo de cuatro años a contar de la puesta en tutela o el fallecimiento de esta.

⁶⁰ En el siguiente apartado al referido en la nota precedente, el artículo 226-4 del nuevo Código en Cataluña se refiere a la modificación de la asistencia en los términos siguientes, comenzando por precisar en el número 1 que a instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente si es necesaria dadas las circunstancias, para concluir en el número 2 que si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial.

⁶¹ En cuanto a la extinción de la asistencia el número 5 del artículo 226 que venimos referenciando dice que la asistencia se extingue por las siguientes causas: a) Por el fallecimiento o declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida. b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron. c) Por la incapacitación de la persona asistida, especificándose que en el supuesto del apartado 1.b), la autoridad judicial, a instancia de parte, debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.

En la medida en que sean compatibles con la función de asistencia, se aplican al asistente las normas del resto del código catalán en materia de aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como las relativas a la rendición de cuentas si el asistente tiene atribuidas funciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona asistida, de acuerdo con el apartado 6 del referido artículo 226 del Código catalán, según la redacción de 2010, que concluye en el número 7 con la disposición en cuya virtud la asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros, especificándose que la toma de posesión del cargo de asistente debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial.

En cuanto al capítulo VII se refiere también con amplitud a la protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente, señalándose en el artículo 227-1 que pueden ser beneficiarias de patrimonios protegidos constituidos de acuerdo con dicho capítulo las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33% o con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%. También lo pueden ser las personas que están en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con la legislación aplicable, y que el grado de discapacidad o de dependencia se acredita por medio del certificado emitido por el órgano administrativo competente o por medio de una resolución judicial firme.

El patrimonio protegido, según el artículo 227-2, en el número 1, comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de constitución y es 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 y, desde luego, el patrimonio protegido no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo aportaciones. Sin embargo, las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que las efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlo. Tampoco perjudican a los legitimarios.

En cuanto a su constitución, el artículo 227-3/1 dice que toda persona, incluida la beneficiaria, puede constituir un patrimonio protegido. La constitución de un patrimonio protegido en interés de una persona diferente al constituyente requiere la aceptación del beneficiario o, si procede, la de sus representantes legales, debiendo formalizarse en escritura pública con una serie de datos que tienen que hacerse constar⁶², mientras que, a continuación, en el artículo 227-4, se regula la administración del patrimonio protegido⁶³.

Después se regulan con detalle las medidas de control de la administración⁶⁴, así como la rendición de cuentas⁶⁵ y la extinción⁶⁶, e, incluso, el posible remanente⁶⁷ y la

⁶² En concreto en el apartado 2 se señala que la constitución del patrimonio protegido se formaliza mediante escritura pública en que deben hacerse constar: a) El constituyente y los beneficiarios, así como las circunstancias de estos que autorizan la constitución del patrimonio protegido. b) La expresión de la voluntad de constituir un patrimonio protegido y de afectar los bienes que lo integran a la satisfacción de las necesidades vitales de los beneficiarios. c) La denominación del patrimonio protegido, que debe hacerse mediante la expresión «patrimonio protegido a favor de» seguida del nombre y los apellidos del beneficiario. d) La descripción de los bienes objeto de la aportación y de la forma como se hace o se hará. e) Las personas designadas para administrar el patrimonio protegido, que no pueden ser los beneficiarios. f) Las personas ante las cuales deben rendirse cuentas en caso de conflicto de intereses, especificándose en el apartado 3 que en la escritura de constitución se puede hacer constar cualquier otra disposición referente al patrimonio protegido, especialmente las normas de administración de los bienes que lo integran, las facultades de disposición y administración conferidas al administrador y las garantías que este debe prestar. También puede constar el destino del remanente del patrimonio protegido para el momento en que este se extinga de acuerdo con el artículo 227-7, concluyéndose en el apartado 4. que las sucesivas aportaciones a un patrimonio protegido deben formalizarse en escritura pública y su administración debe sujetarse a lo que se haya establecido en la escritura de constitución, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 227-4.5 en materia de modificación de las normas de administración.

⁶³ Se dice que la administración corresponde a la persona física o jurídica designada en la escritura pública de constitución, señalándose que si la persona designada no puede o no quiere aceptar, o renuncia a continuar en el cargo, cualquier persona interesada o el ministerio fiscal pueden solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un administrador, tras lo que se especifica que son de aplicación a los administradores del patrimonio protegido las normas del presente código en materia de aptitud, excusa y remoción del tutor, para concluir en el número 2 de dicho artículo 227-4 que el constituyente puede ser administrador del patrimonio protegido si no es a la vez beneficiario, añadiéndose en el número 3 que el administrador tiene el deber de conservar los bienes que lo integran, mantener su productividad y aplicarlos, directamente o por medio de sus rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario, tras lo que se declara en el apartado 4 que el administrador está legitimado para defender procesalmente el patrimonio protegido y puede contraer obligaciones a cargo del patrimonio para cumplir la finalidad para la que se constituyó, especificándose en el 5 que si la escritura de constitución no establece nada respecto a las facultades de disposición y administración sobre los bienes afectados, se aplican al administrador los artículos 222-40 a 222-46, en materia de administración de los bienes del tutelado, para concluir en el apartado 6 que si las normas de administración que contiene la escritura de constitución del patrimonio protegido no sirven adecuadamente a su finalidad, cualquier persona interesada o el ministerio fiscal pueden solicitar a la autoridad judicial que las modifique.

⁶⁴ En concreto, en el artículo 227-5 se dice que al constituir el patrimonio protegido, pueden designarse personas que supervisen su administración y pueden adoptarse las medidas de control de la gestión del administrador que se consideren convenientes y que si los beneficiarios del patrimonio protegido son menores de edad o incapacitados, debe aplicarse lo que el artículo 221-5 establece sobre la facultad de la autoridad judicial de acordar de oficio las medidas que estime necesarias para el buen funcionamiento de la administración del patrimonio protegido.

publicidad registral de los bienes del patrimonio protegido⁶⁸, sobre lo cual no me extendiendo más y con dicha referencia doy por concluida la exposición de la legislación catalana en la materia en la que me he extendido por ser la última normativa sobre el particular, al igual que fue pionera en nuestra país.

8. Consideraciones conclusivas.

En un país como España en el que se ha convertido en un mal endémico la lentitud de la justicia, que, prácticamente, se encuentra colapsada, y, además, de modo crónico, no podemos permitirnos el lujo de no acudir al uso de las técnicas de autonomía privada. La institución de la autotutela, introducida en la legislación estatal por medio de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, previamente, en el derecho catalán con la Ley 11/1996, de 26 de julio, que modifica la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, que, en este año

⁶⁵ El artículo 227-6 dice que el administrador debe rendir anualmente cuentas ante el beneficiario o sus representantes legales. Si procede, las cuentas deben rendirse ante la persona designada a tal efecto de acuerdo con el artículo 227-3.2.f) y que, además de ello, la rendición anual de cuentas debe hacerse ante las personas especialmente encargadas de supervisar la administración del patrimonio protegido y, si se ha previsto expresamente en la escritura de constitución, ante la persona constituyente o sus herederos, considerándose que en materia de rendición de las cuentas de la tutela, son de aplicación los artículos 222-31 y 222-32, salvo que la escritura de constitución del patrimonio protegido disponga otra cosa.

⁶⁶ Se declara en el artículo 227-7 que el patrimonio protegido se extingue por las siguientes causas: a) Muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario. b) Pérdida de la condición de persona discapacitada o en situación de dependencia. c) Renuncia de todos los beneficiarios. d) Expiración del plazo por el que se constituyó o cumplimiento de alguna condición resolutoria establecida en la escritura de constitución, añadiéndose que a instancia del constituyente o de sus herederos, la autoridad judicial debe disponer la extinción del patrimonio protegido si el beneficiario incurre en una causa de ingratitud hacia el constituyente, de acuerdo con lo establecido por el artículo 531-15.1.d) en materia de revocación de donaciones, así como que la extinción del patrimonio protegido comporta su liquidación, que deben hacer las personas designadas en la escritura de constitución o, en su defecto, el administrador, para concluir en dicho precepto que la extinción del patrimonio protegido por alguna de las causas establecidas por el presente Artículo comporta la obligación del administrador de rendir cuentas finales de su gestión ante la persona beneficiaria o sus herederos.

⁶⁷ Así, en el artículo 227-8 se declara que la persona que ha efectuado la liquidación del patrimonio protegido debe dar al remanente el destino establecido en la escritura de constitución, que puede incluir la reversión de los bienes al constituyente o a sus herederos, y que si la escritura de constitución no establece el destino de los bienes o si este no puede cumplirse, el remanente debe revertir al constituyente o a sus herederos testamentarios o legales. En caso de sucesión por la Generalidad, debe adjudicarse a una entidad no lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas con discapacidades o en situación de dependencia.

⁶⁸ Sobre la publicidad registral versa el contenido del artículo 227-9, que comienza diciendo que los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución de acuerdo con el artículo 227-3.2.c) y que concluye, en su apartado 2, diciendo que en la inscripción de los bienes que integran el patrimonio protegido, deben hacerse constar las facultades

se ha vuelto a regular de manera detallada en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, ha significado un verdadero hito, lo cual en Galicia también ha sido objeto de regulación en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, que, por dicha razón, aparte de la regulación de la adopción, se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional.

El derecho y la práctica del entorno de países semejantes nos sirven para pensar que hay que ir en este tema lo más lejos posible puesto que no hay duda de los efectos altamente positivos de la atribución de facultar expresamente a una persona para que pueda tomar decisiones sobre su futura asistencia personal y que así pueda buenamente ordenar, con el grado de precisión que considere más adecuado, el mejor modo de administración de su patrimonio, en el momento en que aún tiene determinada autonomía personal con la finalidad no disimulada de que pueda ir generando su eficacia de modo progresivo con anterioridad al momento en que el resto de la familia piense en la posibilidad de su incapacitación.

Se trata de buscar las fórmulas jurídicas más adecuadas para posibilitar el tránsito progresivo de la autonomía personal plena a la dependencia de terceros y conseguir que el propio afectado, que es el principal interesado, pueda percibir que gestiona desde el comienzo, a su entera voluntad, el desarrollo de este proceso, lo que contribuye a su mejoría personal, evitando más angustias de las necesarias y tiene un efecto terapéutico consecuente que no se puede poner en duda, que, en último término, es el origen y finalidad tradicional del Derecho Civil.

Ahora bien, la concreta regulación de la autotutela en el Capítulo II de la Ley 41/2003, el cual modifica los artículos 223, 234 y 239 del Código civil se debería de cuidar más puesto que se ha hecho en términos de poca precisión técnica pues, como hemos dicho, se refiere a documento público notarial siendo más correcto, desde el punto de vista técnico la dicción del texto aragonés visto que habla de escritura pública al igual que se hace en Cataluña o Galicia, que, como reiteraremos, es el medio idóneo para recoger la autotutela.

conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente.

Asimismo, ya hemos adelantado que para encontrarnos en la ley con una definición de lo que es Autotutela debemos acudir al Preámbulo de la misma ya que a lo largo de su articulado no aparece ninguna definición, tal y como habíamos apuntado anteriormente, todo ello en términos que adolecen de rigor y precisión como cuando se refiere a “cualquier disposición” y a continuación añade “incluida la designación de tutor”, que entra dentro de cualquier disposición y, sin embargo, no se especifica la autotutela negativa, es decir la exclusión de determinadas personas a que se refieren, en cambio, expresamente la normativa catalana, aragonesa y gallega, pudiendo haberse aprovechado para referirse también de modo expreso al curador, al que puede entenderse aludido al amparo de lo dispuesto en el artículo 291 del Código Civil.

También plantea problemas interpretativos la dicción literal del articulado cuando se refiere a “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente”, permitiéndose, de acuerdo con el Código Civil, no solo a los mayores de edad sino también a los menores de edad emancipados, pero sin que quede suficientemente claro por la falta de rigor del legislador en esa expresión, que es mucho más acertada y precisa en Aragón, que alude a “cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente”, precisándose en Galicia y Cataluña que se circunscribe a personas mayores de edad.

Por lo demás, también es defectuosa la referencia a testamento o documento público notarial que se comunicará de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado ya que, por un lado, la vía testamentaria, a que también se alude en Aragón, no es la más adecuada para recoger las disposiciones de la autotutela, que es un negocio jurídico *inter vivos*, y, desde luego, la escritura pública es el medio idóneo aunque tuviese por esencial finalidad otro negocio jurídico distinto, por lo que también es criticable la referencia que se hace, al igual que en Aragón, a cualquier disposición, con falta de rigor.

En lo que se refiere al nombramiento de tutor, en 2003 no se modificó ni el resto de párrafos distintos del primero del artículo 234 ni los artículos 233 o 235 por lo que no le vinculan al Juez las disposiciones nombrando tutor dado que puede alterar el orden, en resolución motivada en beneficio del incapacitado, ignorando la designación del tutelado “en resolución motivada” a diferencia de la más rigurosa redacción aragonesa que se lo permite sólo por “circunstancias especiales”, con cuyas

conclusiones y sugerencias doy por finalizada esta aproximación crítica a la autotutela en nuestro Código Civil, sin entrar a profundizar en el marco competencial en materia de derecho civil respecto del desarrollo de los derechos propios que hace que en Cataluña o Aragón esté plenamente vigente la regulación de la autotutela que, en cambio, se ha recurrido en Galicia sobre la base del mismo precepto constitucional que reserva, en todo caso, al Estado la competencia exclusiva en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Bibliografía recomendada.

Domingo BELLO JANEIRO, Revista Jurídica del Notariado, número 14, abril-junio 1995 y en Derecho Civil Gallego, Madrid, 1996, "La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia".

Domingo BELLO JANEIRO, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1999, El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo.

Domingo BELLO JANEIRO, Editorial Reus, Madrid, 2008, Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Domingo BELLO JANEIRO/Manuel FRAGA IRIBARNE, Discurso de ingreso y contestación de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Coruña, 2006, El desarrollo del derecho civil gallego en el marco constitucional,

Domingo BELLO JANEIRO/Manuel FRAGA IRIBARNE, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2010, El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional. El caso gallego.

Ferrán BADOSA COLL, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona 1993, La Autotutela en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo".

Enric BRANCÓS NÚÑEZ, Revista Notarius International, vol 5, nº 1, año 2000, La Procuración irrevocable et l'étude des dispositions pouvant être prises pour organiser sa propre incapacité dans l'avenir.

Ignacio CARPIO GONZÁLEZ, Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, nº 189, Ilustre Colegio Notarial de Granada 1996, Primera regulación de la autotutela en Derecho español: la Ley Catalana 11/1996, de 29 de julio.

Marta CHIMENO CANO, Aranzadi monografías, 2003, Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental.

Rosa María de COUTO GÁLVEZ, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1999, Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores.

Rosa María de COUTO GÁLVEZ, Revista General de Legislación y Jurisprudencia número 1 del 2000, Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La "autotutela" en Cataluña.

Emelina DÁVILA HUERTAS, Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada nº 227, abril, 2000, La Autotutela.

DIPUTACION DE BARCELONA, Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación, año 1999.

Carlos FÁBREGA RUIZ, Biblioteca Jurídica de Bolsillo, nº 42, Edit. Colex, Madrid 2000, Protección jurídica de la tercera edad.

Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Diario LA LEY nº 5990, La Ley 42/2003: Relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados.

Vicente MAGRO SERVET, Diario LA LEY nº 6019, El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del código civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores.

José PÉREZ de VARGAS MUÑOZ, La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil. Revista de Derecho Privado 2001.

Ignacio SERRANO GARCÍA, Tirant lo Blanch 2003, La Protección Jurídica del Discapacitado I Congreso Regional.

Antonio VAQUER ALOY, La Ley, número 5961, 24 de febrero de 2004, “La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.