

Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica

Autores

Javier Pallarés Neila
Montserrat Pereña Vicente

Han colaborado en la elaboración de este Código:

María del Mar Heras Hernández, Profesora Titular de Derecho Civil, URJC
María Núñez Núñez, Profesora Contratada de Derecho Civil, URJC
Jesús Messía de la Cerda Ballesteros, Profesor Titular (i) de Derecho Civil, URJC

Nuestro agradecimiento a las siguientes Organizaciones e Instituciones:

Adage, Association départementale d'aide aux gérants, tuteurs et administrateurs bénévoles
Apase, Association pour l'action sociale et éducative en Ille et Vilaine
Askoria, les métiers des solidarités
Asociación Aragonesa Pro Salud Mental
Asociación de Fundaciones Tutelares de personas con enfermedad mental (Futupema)
Asociación Española de Fundaciones Tutelares
Centro de Estudios de Derecho de la Persona y del Patrimonio, Universidad Rey Juan Carlos
Fundació Malalts Mentals de Catalunya
Fundación Beroa
Fundación Familia
Fundación Hurkoa
Fundación Madre
Fundación Navarra para la Tutela de Adultos
Fundación Tutelar Feclm
Fundación Tutelar de la Rioja
Hôtel Dieu, EMJI 35 (Convention inter-établissements pour le suivi des mesures)
l'Acap, Association Costarmoricaïne d'Accompagnement et de Protection
l'Office des curatelles et tutelles professionnelles du canton de Vaud
Université de Lausanne: Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
Université de Rennes; Faculté de droit et de science politique de Rennes

Y, especialmente, a las siguientes personas que han participado en los seminarios organizados para la elaboración de este Código:

- Dra. Sylvie Moisdon-Chataigner, responsable DU CNC MJPM (Diplôme Universitaire et Certificat National de Compétences de Mandataire judiciaire à la protection des majeurs)
- Dr. Walter Boente, Chargé de cours, Université de Lausanne
- Dr. Philippe Meier, Professeur Ordinaire, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique Université de Lausanne
- Frédéric Vuissoz, Chef de l'Office des curatelles et tutelles professionnelles du Canton de Vaud et Président de l'Association suisse des curatrices et curateurs professionnels, Lausanne
- Francisco González Aguado, Psiquiatra, Profesor del Máster de Psicoterapia de integración de la UAH
- Dr. Leonell Doza de Mendoza, Psicólogo clínico, Director del Centro de día y Equipo de Apoyo Social Comunitario de Parla (Madrid) y Presidente de "CALLE III: Asociación Española de Acompañantes Terapéuticos"
- Víctor García-Vaquero, Departamento de Estudios Monetarios y Financieros. Servicio de Estudios. Banco de España

Edita

FUNDACIÓN MANANTIAL

© **FUNDACIÓN MANANTIAL, todos los derechos reservados.**

Se permite la reproducción parcial en cualquier formato siempre y cuando no se alteren los contenidos y se haga reconocimiento de la editora/autores.

ISBN: 978-84-608-5638-2

Presentación

Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica

El Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las Medidas de Protección Jurídica que tengo el honor de presentar constituye no sólo un dechado de buen hacer en el ejercicio de la tutela de personas con trastornos mentales graves acuñado desde el rigor por Fundación Manantial durante 20 años. El Código es la esencia de un esmerado trabajo colegiado producto de una alianza inicial de Fundación Manantial con la Universidad Rey Juan Carlos y que incorpora la visión de destacados Catedráticos y Profesores de la propia URJC y de Universidades centroeuropeas como la Université de Rennes: Faculté de droit et de science politique de Rennes; y la Université de Lausanne: Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique.

La obra se ha ido elaborando mediante seminarios celebrados a lo largo de 18 meses, lo que ha permitido sumar las distintas perspectivas internacionales de un mismo instituto jurídico, y lo más importante, las experiencias resultantes de las modificaciones que han experimentado las legislaciones de otros países de nuestro entorno para encajar el paradigma de la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El resultado ha sido un Código que lo componen una Guía para el ejercicio de cargos tutelares, y un núcleo de aportaciones doctrinales esenciales para comprender los principios que incorpora la Guía, la filosofía que la preside y las buenas prácticas que se reseñan a lo largo de la misma. La Guía además incorpora un juego de modelos sumamente útiles para quien ejerza un cargo tutelar, que van desde protocolos internos de una entidad tutelar con las tareas a desempeñar y los pasos que hay que ir dando al asumir un cargo tutelar y encontrarnos con la persona beneficiaria de la medida de protección, a distintos formularios jurídicos para la presentación de escritos al Juzgado de formación de Inventario de Bienes, Informe Anual de la Situación personal y de la Situación Patrimonial del adulto protegido, Rendición de Cuentas, Solicitud de las diferentes Autorizaciones que pueden tener que presentarse al Juzgado, la Aprobación de Partición de Herencia, o la Aprobación de División de Cosa Común, e incluso un formulario para que el propio interesado solicite a la Fiscalía la Reintegración de su Capacidad.

Excedería el objeto de esta presentación que yo hiciese una reseña de los excelentes trabajos doctrinales que sustentan este Código de Buenas Prácticas, a cuyos autores agradezco de todo corazón las distintas perspectivas de su especialidad que aportan, ya sea en materia de Derechos Fundamentales, Derechos Hereditarios, o Protección de Datos de Carácter Personal, pero no quiero dejar

de mencionar y agradecer singularmente a la Profesora, Montserrat Pereña Vicente, el impulso que ha dado a este trabajo desde la URJC, y en particular, su Comentario sobre la “Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección”, no sólo por la brillante aportación que supone para este trabajo, sino por la luz que arroja sobre un oscuro debate que desde que se tuvo noticia de la Convención ha estado enrareciendo la visión de los distintos profesionales de distintas disciplinas, Asociaciones, Federaciones de afectados y familiares de los mismos, altos cargos de las distintas AAPP, Cuerpos Policiales, funcionarios, y sobre todo profesionales del Derecho que confluyen en la escena de la protección de las personas cuya capacidad precisa ser protegida.

La Profesora Pereña pone el acento en el tenor literal de artículo 12-3 de la Convención al distinguir entre la “**capacidad jurídica**”, de la que por supuesto gozan todas las personas, y “**el ejercicio de esa capacidad jurídica**”, para lo cual la Convención obliga a los Estados parte a establecer **las medidas pertinentes** para que las personas con discapacidad puedan gozar de **los apoyos** que precisen para ejercer esa capacidad jurídica, lo que estará en función de **las circunstancias que concurren en cada persona**. Lo que importa es que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica, y esas circunstancias determinarán la graduación que ha de hacer el juez de los apoyos, que podrán ir desde complementar determinada área de la capacidad natural residual de la persona que no pueda ejercer sin ese apoyo, a la representación de la misma si sus circunstancias personales, especialmente graves, exigen ese grado de apoyo. Otra interpretación nos llevaría manifestaciones garantistas grandilocuentes pero que dejarían a los titulares de sus derechos absolutamente desamparados.

La Profesora Pereña en su aportación doctrinal desgrana unos principios que imbuyen toda la obra que presentamos y que no podemos dejar de mencionar porque configuran un sistema de protección digno de ser incorporado en la revisión de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que me voy a permitir al menos enunciarlos sucintamente: **Necesidad** (las circunstancias de la persona que tienen incidencia en su autogobierno). **Temporalidad** (toda medida ha de ser revisada periódicamente). **Proporcionalidad** (las medidas adoptadas se han de graduar en función de las circunstancias de la persona, para lo que el juez goza de gran discrecionalidad, pero está obligado a motivarla en sentencia). **Personalización** (entendida como respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona protegida, en las tres vertientes: legislativa, judicial, y del ejercicio de la medida de protección). Y, **Autonomía** (es esencial que la sentencia preserve ámbitos de autonomía en consonancia con la capacidad natural que conserva la persona con el límite del perjuicio objetivo para su persona o su patrimonio).

Gracias por tanta sapiencia, Montserrat.

Y, por último, pero no menos importante, quiero expresar desde estas líneas el reconocimiento del Patronato que presido a la figura de Javier Pallarés, el otro gran artífice de este monumental trabajo, quien a lo largo de su carrera profesional ha dejado su impronta indeleble en Fundación Manantial en la estructuración del área en la que la organización funciona como entidad tutelar, donde todos

esos principios que acabo de enumerar y todas las buenas prácticas que resalta este Código ya están implantadas desde hace tiempo, yendo muy por delante del paradigma de la Convención, en una concepción del ejercicio de los cargos tutelares bajo un prisma sumamente humano donde lo que prima es el respeto a la persona protegida, y donde su máximo protagonismo posible es el eje de todo el apoyo que recibe.

Gracias, Javier, por ser un pilar de Fundación Manantial.

Francisco Sardina Ventosa
Presidente del Patronato
FUNDACIÓN MANANTIAL

Madrid, enero 2016

Índice

PREÁMBULO	17
TÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES, MARCO NORMATIVO Y PRINCIPIOS	19
Capítulo 1. Principios	21
1.1 Principios de organización de la entidad tutelar	21
1.1.1 Participación	21
1.1.2 Profesional de referencia	21
1.1.3 Derecho a la información y acceso a documentos personales	22
1.1.4 Publicación de la memoria de actividades	23
1.1.5 No discriminación	23
1.1.6 Transparencia	23
1.1.7 Protección de datos personales	23
1.1.8 Neutralidad patrimonial e imparcialidad	24
1.2 Principios básicos de actuación del profesional	25
1.2.1 Autonomía	26
1.2.2 Atención y apoyo	26
1.2.3 Necesidad y proporcionalidad	27
1.2.4 Ajuste y capacitación	27
1.2.5 Empatía y participación	28
Capítulo 2. Los Derechos fundamentales del adulto protegido	28
2.1 El derecho a permanecer en el domicilio. Su inviolabilidad	29
2.2 Derecho a la intimidad	29
2.3 Derecho a la propia imagen	30
2.4 Secreto de la correspondencia y comunicaciones	30
2.5 Derecho al sufragio universal activo	30
Capítulo 3. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	32

Capítulo 4. Definiciones	34
4.1 Procedimiento sobre la capacidad de las personas	34
4.2 Tutela	35
4.3 Curatela	35
4.4 Defensa judicial	35
4.5 Pretutela	36
4.6 Medidas cautelares	36
4.7 Resolución judicial	36
Capítulo 5. Estructura de la entidad tutelar	37
5.1 Forma jurídica de constitución	37
5.2 Estructura física	38
5.3 El equipo profesional	38
5.4 Trabajo en equipo, supervisión y control	39
5.5 Ratio profesional-adulto protegido	39
5.6 Continuidad del servicio	41
TÍTULO II: NOMBRAMIENTO, TOMA DE POSESIÓN E INICIO DEL CARGO	43
Capítulo 1. La pretutela y la intervención en el procedimiento judicial	45
Capítulo 2. La toma de posesión en el cargo	46
Capítulo 3. Primeras actuaciones	47
3.1 Información	47
3.2 Primera entrevista	49
3.3 Bloqueo de cuentas	51
3.4 Inventario	51
3.4.1 Cuestiones generales	51
3.4.2 Extensión y documentación	54
3.5 Presupuesto	56
Capítulo 4. La intervención con la familia	58
Capítulo 5. El Plan de Intervención Tutelar	59
TÍTULO III: EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN TUTELAR	65
Capítulo 1. Área de atención personal	67
1.1 Apoyo social y afectivo	67
1.2 La intervención social	67

1.3 La visita domiciliaria	70
1.4 La entrada en el domicilio	71
1.5 Contactos, seguimientos y coordinaciones	72
1.6 Seguimiento médico	73
1.7 Ingreso hospitalario no voluntario	74
Capítulo 2. Área de atención económico-administrativa	77
2.1 Apertura y cancelación de productos bancarios	77
2.2 Operativa bancaria de cobros y pagos	78
2.3 Disposición de fondos o efectos	79
2.4 Inversiones	80
2.5 Proveedores	84
2.6 El Informe anual	84
2.6.1 El Informe Social	85
2.6.2 El Informe Patrimonial	86
2.6.3 Estructura del informe anual	86
Capítulo 3. Área de atención jurídica	88
3.1 La intervención del tutor en los procedimientos judiciales	88
3.2 Autorizaciones judiciales	89
3.2.1 Autorización para enajenar	92
3.2.2 Autorización para gastos extraordinarios	93
3.2.3 Autorización para renunciar o transigir	93
3.2.4 Autorización para aceptar herencias o su aprobación posterior	94
3.3 La retribución del tutor	97
TÍTULO IV: EXTINCIÓN DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN	99
Anexo I. MODELOS	105
Modelo 1. Lista de tareas	107
Modelo 2. Cronograma de las tareas a realizar	108
Modelo 3. Hoja de acogida	109
Modelo 4. Coordinaciones	110
Modelo 5. Seguimientos	111
Modelo 6. Inventario de bienes	112
Modelo 6. Inventario de bienes (Continuación)	113
Modelo 7. Inventario de bienes muebles	114
Modelo 8. Informe anual	115
Modelo 8. Informe anual (Continuación)	116

Anexo 2. FORMULARIOS	117
Formulario 1. Autorización judicial para la enajenación de bien inmueble	119
Formulario 2. Autorización judicial para la enajenación de valores mobiliarios	120
Formulario 3. Autorización judicial para gravar bien inmueble	121
Formulario 4. Autorización judicial para renunciar derechos	122
Formulario 5. Autorización judicial para transigir	123
Formulario 6. Autorización judicial para someterse a arbitraje	124
Formulario 7. Autorización judicial para la aceptación de herencia, sin beneficio de inventario	125
Formulario 8. Solicitud de aprobación de partición hereditaria	126
Formulario 9. Autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos	127
Formulario 10. Autorización judicial para tomar dinero a préstamo	128
Formulario 11. Autorización judicial para dar dinero a préstamo	129
Formulario 12. Autorización judicial para arrendar bienes por tiempo superior a 6 años	130
Formulario 13. Autorización judicial para presentar demanda	131
Formulario 14. Autorización judicial para realizar gastos extraordinarios	132
Formulario 15. Solicitud de aprobación judicial de división de la cosa común	133
Formulario 16. Autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico	134
Formulario 17. Autorización judicial para comparecer en juicio	135
Formulario 18. Reintegración de la capacidad a solicitud del interesado	136
Formulario 19. Solicitud de excusa en el ejercicio del cargo de tutor o curador	137
Formulario 20. Cuenta general justificada de la administración	138
Anexo 3. COLABORACIONES DOCTRINALES	139
La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección	141
La protección del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada judicialmente	175
El tratamiento de datos personales por las entidades tutelares: obligaciones legales y buenas prácticas	195
El llamamiento a la herencia del adulto protegido. La intervención del tutor en las operaciones particionales	215

*“Nadie libera a nadie, ni nadie se libera solo.
Los hombres se liberan en comunión”*

Pedagogía del oprimido, Paulo FREIRE

Preámbulo

Es objeto del presente Código la creación de un instrumento para el reconocimiento y la aplicación de “buenas prácticas” en el ejercicio de las medidas de protección que son acordadas por los tribunales, en los procesos sobre la capacidad de las personas.

Se encuentra dirigido, principalmente, a todos aquellos que tienen o quieren asumir la responsabilidad del desempeño de una función tutelar –como profesional o como familiar– y a la propia persona que ha visto su capacidad de obrar modificada judicialmente. También, por sus aportaciones teóricas y prácticas, será sin duda un instrumento útil para el operador jurídico, abogado, juez o fiscal.

Pese a tratarse de un instrumento con vocación de universalidad, el presente trabajo surge de la iniciativa y de la experiencia de una entidad tutelar privada, Fundación Manantial, cuya misión es exclusivamente la atención integral a las personas con trastorno mental.

Aunque, como veremos, existen diversas figuras de guarda y protección, a fin de evitar continuas matizaciones de farragosa lectura, se ha optado por utilizar como término genérico el de “adulto protegido”, empleando la denominación específica de tutelado, curatelado, defendido, administrado o tutelado provisionalmente, sólo en aquellos casos en los que sea imprescindible su singularización.

Igualmente, se ha utilizado el término genérico tutor, para designar tanto al tutor familiar como a la entidad tutelar y tanto a la persona o entidad que ejerce este cargo, como a quien ejerce una curatela, singularizando el cargo de “tutor” o curador”, sólo en aquellos casos en los que sea necesario para la debida comprensión de lo que se expone.

En referencia al procedimiento judicial, con la estricta finalidad de hacerlo reconocible, se ha utilizado la denominación de “procedimiento sobre la capacidad de las personas” o “procedimiento de modificación de la capacidad”, por ser la denominación legal, a pesar de que no nos parece la denominación más apropiada.

En referencia al género, se ha hecho uso en el texto del masculino para designar la clase, sin distinción de sexo, evitando un desdoblamiento artificioso que, a nuestro juicio, complicaría de forma innecesaria la redacción y lectura. Así, para dirigirnos a la persona tutelada, se ha utilizado el sustantivo “adulto”, que engloba a todas, tanto del sexo masculino como del femenino. Se ha utilizado, sin embargo el femenino cuando la oposición de sexos sea relevante en el contexto.

Todas las recomendaciones, prácticas, formularios y modelos recogidos en este Código, tienen carácter meramente orientativo. Su utilización requiere su adecuación a la situación concreta de cada persona, principio y fin de la medida acordada, sin que en ningún caso puedan sustituir a las recomendaciones, sugerencias o requerimientos, que en particular puedan ser formuladas por los tribunales o que directa o indirectamente se deriven de la ley o de la resolución judicial dictada y que en todo caso legitiman y delimitan el ejercicio del cargo.

Madrid, enero de 2016.

Título I

**Cuestiones preliminares,
marco normativo
y principios**

CUESTIONES PRELIMINARES, MARCO NORMATIVO Y PRINCIPIOS

Capítulo 1. Principios

Como corresponde a su finalidad, la consagración de estos principios cumple la doble función de informar el conjunto de la actuación del tutor y de los profesionales que ejercen la medida y, al mismo tiempo, sirve de ayuda para su ejercicio, permitiendo resolver situaciones difíciles o imprevistas.

Podemos dividir estos principios en dos grupos: los referentes a la organización del servicio por la entidad tutelar y los referentes a la actuación del profesional.

1.1 Principios de organización de la entidad tutelar

Los principios que a continuación se recogen, cumplen el objetivo común de impedir que la organización de la entidad tutelar pueda provocar un impacto negativo en el ejercicio de la medida de protección que relegue a un segundo término el interés superior del adulto protegido.

1.1.1 Participación

El adulto protegido tiene derecho a participar en la definición del servicio. La participación dota de contenido al reconocimiento de su condición de ciudadano con plenos derechos, incluyendo el derecho a opinar con relación al servicio.

Tiene por objetivo identificar las disfunciones del servicio para introducir mejoras en la calidad del mismo.

Los mecanismos que posibilitan esta participación son:

- La información y la comunicación.
- La consulta, tanto mediante encuestas de opinión, como posibilitando que puedan presentar al tutor sugerencias, quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio.
- Mediante la co-decisión y co-construcción de soluciones creadas específicamente para resolver las peculiaridades en la prestación, derivadas de las diferentes situaciones vitales de las personas.

La participación por parte del adulto protegido, no es una obligación y por lo tanto, no podrá estigmatizarse a aquél que la rechace. Por la misma razón, su negativa en el pasado, no exime al tutor de ofrecerle siempre esta posibilidad.

1.1.2 Profesional de referencia

Cuando la tutela sea ejercida por una entidad tutelar, cada adulto protegido debe tener asignado un profesional, que se constituirá como persona de referencia en sus relaciones con aquella.



Buena práctica

- La entidad tutelar dispondrá de un “Libro de reclamaciones, quejas y sugerencias” donde cualquier persona, pueda presentar las sugerencias relativas a la creación, ampliación o mejora del servicio prestado por el tutor, así como quejas o reclamaciones por tardanza, desatención o cualquier otra anomalía en su funcionamiento.

La entidad tutelar hará público el procedimiento para su formulación y presentación, resolviendo expresamente las cuestiones acerca de quién responderá aquéllas, cómo, en qué plazo y qué registro quedará para su constancia.

En el documento de acogida, se informará al adulto protegido de aquel procedimiento, que sólo en este caso podrá realizarse en forma anónima.

- Al menos de forma trienal, la entidad tutelar deberá realizar una encuesta de opinión dirigida, tanto a los adultos protegidos, como a los profesionales involucrados en su proceso de atención.

Esta encuesta, redactada de forma breve, clara y comprensible, deberá practicarse en la forma que garantice el anonimato de quien la realiza.

1.1.3 Derecho a la información y acceso a documentos personales

El adulto protegido tiene derecho a ser informado de cuantas cuestiones afecten a su persona o patrimonio, salvo las excepciones señaladas en la ley. La transmisión de esa información debe adecuarse a su situación, capacidad y necesidades.

Asimismo, tendrá derecho a acceder y obtener copias de todos los documentos de carácter personal o patrimonial que, referidos a su persona, obren en poder del tutor. Muy especialmente, tan pronto como sea posible, el tutor debe entregarle una copia de la resolución judicial en cuya virtud se hubiera acordado la modificación de su capacidad o el nombramiento del cargo.

Este derecho de acceso del adulto protegido, no podrá ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ellos, ni en perjuicio de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso, la reserva de sus anotaciones subjetivas. Tampoco puede ejercerse en aquellos casos prohibidos por la ley o expresamente excluidos en la resolución judicial dictada.

1.1.4 Publicación de memoria de actividades

Toda entidad tutelar debe publicar anualmente una memoria de actividades en la que se haga constar como mínimo, el número y categoría de sus profesionales, el número de cargos ejercidos, su perfil social, sanitario y patrimonial, así como las principales actividades e intervenciones llevadas a cabo.

1.1.5 No discriminación

El tutor respetará el principio de no discriminación en la determinación de las personas que pueden ser beneficiarios de sus actividades, sin menoscabo de la facultad de sopesar razonablemente la asunción de responsabilidades muy gravosas, para las que la entidad careciese de medios o estructura suficiente, así como del estricto cumplimiento de sus estatutos.

Asimismo, cualesquiera prestaciones y servicios que ofrezca, deberán estar a disposición de todos los adultos a los que se haya encomendado su protección.

1.1.6 Transparencia

Toda entidad tutelar deberá disponer de un Código ético en el que expresamente se haga constar su compromiso de transparencia en la contabilidad, patrimonio y administración, así como la puntual información al Protectorado, en su caso, y a cualquier Administración Pública con un interés legítimo en conocerla.

1.1.7 Protección de datos personales

Los tutores gestionan información personal dotada de un alto grado de sensibilidad, lo que implica la aplicación de un régimen jurídico de protección de los datos más exigente que en otros supuestos.

La naturaleza especial de los datos tratados por los tutores, como son los relativos a la patología o los relacionados con el historial social del adulto protegido, determina la obligatoriedad de aplicar una serie de medidas de seguridad de mayor exigencia tanto cuantitativa como cualitativa.

Por otro lado, también se deben tener en cuenta los demás requerimientos relacionados con los deberes impuestos a los responsables, encargados y usuarios, en su caso, así como el régimen aplicable a las cesiones o comunicaciones de datos que deban realizarse y los derechos que asisten a los interesados en relación con sus datos.

El régimen jurídico aplicable al tratamiento de los datos de las adultos protegidos constituye, en su mayoría, un conjunto de normas imperativas que determinan de manera obligatoria la conducta de los responsables y demás personas que gestionan la información. Es decir, se trata de obligaciones o requerimientos legales cuyo cumplimiento no puede ser obviado por sus destinatarios.



Buena práctica

No todas las finalidades y servicios que prestan las entidades tutelares de forma directa, se pueden considerar incluidas en el elenco de funciones reconocido por el artículo 269 del Código Civil.

En todo aquello que no guarde relación directa con la prestación o ejercicio de la función tutelar en sentido estricto, podría resultar conveniente, como buena práctica, la obtención del consentimiento de los interesados. Así lo entendemos en el supuesto del tratamiento de datos de los familiares y en todos aquellos en los que se produzca una extensión de los objetivos del servicio tutelar.



Normativa

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, accesible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>

- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, accesible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-979>



Saber más

Ver el trabajo *El tratamiento de datos personales por las entidades tutelares: obligaciones legales y buenas prácticas*, Messia de la Cerda Ballesteros, J. A., Profesor titular acreditado de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos, que puede consultarse en la sección de “Artículos doctrinales” del presente Código.

1.1.8 Neutralidad patrimonial e imparcialidad

La entidad tutelar deberá disponer de un Código ético en el que se prevean medidas que impidan que los intereses personales o institucionales de los miembros del órgano de gobierno interfieran con el normal desempeño de su labor y asegure que no existe un beneficio personal, profesional o político en perjuicio de los intereses del adulto protegido.

Se estima que existe conflicto de intereses cuando, en un determinado asunto, el interés del adulto protegido, pueda ser contrario al interés del tutor, de las personas del órgano de gobierno, del personal contratado o del profesional de referencia. Igualmente existirá conflicto de intereses cuando, en un determinado asunto, confluyen los intereses contrapuestos de dos o más adultos protegidos por la misma entidad tutelar.



Buena práctica

Las numerosas vicisitudes a las que durante el ejercicio de la medida de protección, debe hacer frente el tutor para salvaguardar en algunos casos derechos fundamentales de los adultos protegidos, les exige extremar la precaución para evitar posibles vulneraciones de este principio.

Entre otros casos, existe conflicto de intereses cuando el tutor:

- Presta servicios al adulto protegido, salvo que éstos fueran gratuitos o deriven de un contrato de gestión de servicio público.
- Ingresa en cuenta propia, el importe de pensiones o prestaciones cuya titularidad corresponda al adulto protegido.
- Pone a disposición de un adulto protegido, por cualquier título, bienes o servicios que pertenezcan a otro adulto protegido, aunque medie contraprestación.

1.2 Principios básicos de actuación del profesional

Estos principios persiguen el objetivo común de fomentar la participación de la persona en su propia protección, reforzando su autonomía y dignidad.

Estos postulados se constituyen como principios rectores básicos, que orientarán su actuación en los casos en los que se suscite duda respecto a la extensión y límites del ejercicio del cargo que ejerce.

1.2.1 Autonomía

La autonomía constituye, precisamente, uno de los aspectos que pueden estar afectados por las circunstancias que han hecho necesaria la adopción de la medida de protección. Sin embargo, constituye uno de los principios esenciales de la intervención del tutor, respetar y fomentar la autonomía del adulto protegido, tanto en aquellos ámbitos afectados por la medida de protección como en los que la sentencia preserve íntegramente su autonomía.

Este principio delimita la función del tutor en un doble sentido, negativo y positivo:

- En sentido negativo, no debe inmiscuirse en el desenvolvimiento de aquellos ámbitos respecto a los que el adulto protegido conserva autonomía.
- En sentido positivo, propiciándola incluso en aquéllos que sí están afectados por la sentencia dictada, lo que se consigue pidiendo opinión y deliberando conjuntamente; es decir, el profesional debe huir de hacer las cosas para él, pero sin él.



Buena práctica

Todas las áreas de intervención pueden beneficiarse de este principio, muy especialmente las de administración económica.

Es buena práctica que el tutor ponga a disposición del adulto protegido un instrumento bancario, tarjeta o similar, que le permita administrar, utilizando los instrumentos habituales y ordinarios, las cantidades que hayan sido presupuestadas para gastos personales sin que, salvo circunstancias excepcionales, se vea obligado a acudir a la sede o domicilio del tutor para obtenerlas.

1.2.2 Apoyo en la toma de decisiones

Una de las principales funciones del tutor o del curador será acompañar, apoyar en la toma de decisiones, lo que se concretará de una manera diferente en función de la intensidad de la medida, pudiendo llegar a tomar la decisión en representación del adulto protegido, cuando así lo establezca la sentencia. En cualquiera de estos supuestos, deberá utilizar los mecanismos de decisión que correspondan al adulto protegido, sus preferencias, valores, opciones vitales y deseos.

Incluso en los casos en los que la intensidad sea máxima, y exista representación, el tutor, para prestar el consentimiento en uno o más actos o negocios jurídicos, debe tener en cuenta la voluntad y los deseos del adulto protegido.

Cuando las circunstancias lo hagan absolutamente imposible, deberá tomar la decisión de acuerdo con el “interés superior” del adulto protegido.



Saber más

Ver apartados 4.5 y 5 del trabajo *La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección*, Pereña Vicente, M., Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan, que puede consultarse en la sección de “Artículos doctrinales” del presente código.

1.2.3 Necesidad y proporcionalidad

En el desarrollo de sus funciones, los profesionales respetarán los principios de necesidad y proporcionalidad, ajustando su intervención a aquellos ámbitos personales y patrimoniales del adulto protegido que estén expresamente delimitados en la resolución judicial, absteniéndose de intervenir en aquellos otros en los que la persona conserva plena competencia.

El tutor sólo está legitimado para intervenir en otros ámbitos, cuando cuente con la expresa autorización del adulto protegido o deba resolver una situación de urgencia que no admita demora sin perjuicio grave, debiendo en ambos casos ser comunicado al juzgado que controla la tutela.

1.2.4 Ajuste y recapitación

El tutor está obligado a mantener en todo caso, el ajuste necesario entre la representación, asistencia o apoyo que presta al adulto protegido y las áreas o ámbitos de competencia delimitados en la sentencia. En caso de desajuste, deberá informar al juzgado acerca de aquellas situaciones que los aminoren o agraven.

Es obligación de todo tutor promover la recuperación de su capacidad, por lo que deberá valorar anualmente en el plan de intervención e informar al juzgado, si procede, la recapitación total o parcial.

1.2.5 Empatía y participación

Para llegar a entender, respetar y poder apoyar al adulto protegido, el tutor debe intentar comprenderle, ponerse en su lugar, interesarse por sus sentimientos y emociones. Debe conocer todas aquellas circunstancias personales que puedan influir en su intervención, su pertenencia a una determinada comunidad religiosa, etnia, sus gustos, sus relaciones con la familia y el entorno.

La actuación de los profesionales debe estar orientada a empoderar al adulto protegido, incluso en aquellas áreas en las que presente más déficit. Siempre debe recabar su opinión y recogerla en sus hojas de seguimiento. Salvo que se refiera a aquellas áreas expresamente delimitadas en la sentencia y exista un riesgo para su vida, integridad o patrimonio, el profesional no debe oponerse a una negativa justificada, pero juntos deben medir los beneficios e inconvenientes de la decisión.



Buena práctica

No debe ejercerse ninguna medida de protección, sin tener en cuenta la voluntad, los deseos y las preferencias del adulto protegido, respetando sus opciones vitales, estilo de vida y valores.

Por ello es esencial que, cuando la protección esté encomendada a una entidad tutelar, sus protocolos o procedimientos, dejen un margen de flexibilidad que permita adaptar la medida a cada persona.

Cualquier decisión que se adopte debe ser previamente conocida por él, si es posible consensuada y no siéndolo, se deberá hacer constar por escrito las razones que impiden el acuerdo.

Capítulo 2. Los derechos fundamentales del adulto protegido

El adulto protegido es titular de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE, que se interpretaran conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, en igualdad de condiciones que el resto de personas, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación en su ejercicio.

La Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 reconoce la titularidad de los derechos fundamentales, así como la efectividad y no discriminación en su ejercicio, exigiéndose la adopción de cuantas medidas

legislativas, administrativas o cualquier otra índole, sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

2.1 El derecho a elegir el lugar de residencia. La inviolabilidad del domicilio

El adulto protegido tiene derecho a elegir donde y con quien quiere vivir, así como a circular libremente por todo el territorio nacional o en el extranjero. Este derecho incluye el derecho a decidir si continúa viviendo en su vivienda habitual o si quiere ingresar en un centro residencial.

El domicilio es inviolable. La entrada en el mismo de la persona que ejerce el cargo o del profesional de referencia deberá hacerse con el acuerdo de la persona protegida. Cuando la persona protegida viva, sola o acompañada, en el mismo, cualquier entrada sin su acuerdo puede ser constitutiva de una intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar.

Para evitar estas intromisiones ilícitas se precisará el consentimiento de su titular, recomendándose, en todo caso, acordar los detalles de la entrada: días, horarios, periodicidad en atención a los hábitos, preferencias, ocupaciones y tiempo de ocio de la persona protegida y de su entorno familiar. Se exige, además, como elemento legitimador, que la causa que justifique la entrada en el domicilio esté incluida en el marco del deber general de velar por la persona protegida, poniendo en práctica el seguimiento de sus condiciones de bienestar personal. Quedan fuera de este contexto las visitas injustificadas, fuera de horarios o llevadas a cabo con cualquier otra intención o finalidad.

Por el contrario, se consideran legítimas las entradas en el domicilio de la persona protegida en situaciones de emergencia, que aconsejen la entrada en la vivienda con el propósito de prevenir consecuencias dañosas en el patrimonio de la persona y en sus relaciones de vecindad. Solo en estos casos el interés legítimo de la intervención excluye o anula la ilicitud.


2.2 Derecho a la intimidad

Quienes ejercen el cargo de tutor o curador asumen la obligación de no desvelar detalles de la vida personal y familiar de la persona protegida que conozcan con motivo del ejercicio del mismo. Faltar a esta obligación supone una ruptura de la confianza y de la confidencialidad a la que vienen obligados. En principio, no están legitimados para suministrar información relativa a la persona protegida, ni a su familia, ni a su entorno afectivo, ni a terceros, más allá de aquellas informaciones que sean acordes con los usos sociales y que se consideren inocuas o ceñidas estrictamente a aquello que deba darse a conocer en interés de la persona y en su exclusivo beneficio.

Podrán, sin embargo, suministrar informaciones en torno a la salud de la persona protegida en interés de su titular y siempre que así se acredite. Asimismo, sus actuaciones deben estar encaminadas a prevenir perjuicios procedentes de terceros o que tengan su origen en el propio ámbito afectivo de la persona protegida.

2.3 Derecho a la propia imagen

El adulto protegido tiene derecho a la propia imagen, pero, como cualquier ciudadano, el adulto protegido que tenga suficiente capacidad podrá prestar su consentimiento a una intromisión en su imagen. Si no tiene suficiente capacidad, podrá consentir el tutor, con la exigencia de poner previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si el Ministerio Fiscal se opone en el plazo de ocho días, resolverá el juez.



Normativa

Artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, accesible en:

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>

2.4 Secreto de la correspondencia y comunicaciones

Subsumido en el derecho a la intimidad personal se encuentra el secreto de las comunicaciones. En relación a la persona protegida no presenta, ninguna particularidad en cuanto a su contenido, extendiéndose al derecho a valerse de los medios que la tecnología ofrece para comunicarse, al tiempo que su titular no debe tolerar ningún tipo de inmisión de terceros, ya sean particulares o poderes públicos.

Puede defenderse, no obstante, la legitimación de quienes ejercen el cargo para solicitar el acceso a determinado medio de comunicación, como la postal, cuando está referida a información bancaria, recepción de multas o notificaciones de pago de impuestos, sanciones o embargos, en beneficio de la persona protegida y de sus bienes, siempre que las actuaciones tengan lugar en el estricto marco de las atribuciones que judicialmente les hubieran sido encomendadas. En ningún caso, les estará permitido acceder a correspondencia, mensajes o correos electrónicos dentro de la esfera estrictamente personal, afectiva o social.

2.5 Derecho al sufragio universal activo

El sufragio universal activo tiene el carácter de derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad. La negación o restricción de este derecho no puede ni debe ser una consecuencia implícita de la sentencia de modificación de la capacidad, sino todo lo contrario, pues en aras

a una pretendida protección se adopta una medida que, en absoluto, puede calificarse de necesaria y proporcional.

El objeto de la protección no es, desde luego, la propia persona, porque no se evita para ella ningún perjuicio o menoscabo. Tampoco puede sugerirse la necesidad de prevenir influencias nocivas o captaciones de voluntad dirigidas a la emisión concreta del voto a favor de un determinado partido, porque este riesgo es general y afecta, por tanto, a todos. Se priva a su titular de un derecho fundamental, de carácter personalísimo e intransmisible, cercenando su libertad e impidiendo que la persona se integre plenamente en la vida política y social.



Buena práctica

Durante años se ha venido identificando inadecuadamente, la “incapacitación total” con la pérdida del derecho al sufragio. De forma que, si una persona veía su capacidad limitada judicialmente “para todos los aspectos de la vida” o se la declaraba en estado de “incapacitación total” o expresiones semejantes, ello llevaba indefectiblemente aparejado la pérdida del derecho al voto.

El tutor debe recordar que una de sus obligaciones es promover la recuperación de la capacidad y que la sola manifestación del adulto protegido de su interés en ejercitar su derecho al voto, es en sí misma, la representación verbal de una aptitud y competencia que debe ser expresamente valorada por quien es competente para ello, por lo que el tutor deberá favorecer o promover por sí, la iniciación de un proceso de modificación de la capacidad, aunque estuviera limitada al ejercicio de este derecho.



Normativa

- Código de Derecho Constitucional, accesible en:
http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=042_Codigo_de_Derecho_Constitucional&modo=1
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12632>



Formularios

Formulario 17. Solicitud de autorización judicial para comparecer en juicio.

Formulario 18. Proceso sobre reintegración de la capacidad solicitado por el propio interesado.



Saber más

Ver el trabajo *La protección del ejercicio de los derechos de las persona con capacidad modificada judicialmente*, Heras Hernández, María del Mar, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos, que puede consultarse en la sección de “Artículos doctrinales” del presente Código.

Capítulo 3. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención de Nueva York reconoce como principio *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”*

Conforme a éste, la legislación debe consagrar un sistema de protección respetuoso con la dignidad, que potencie la autonomía de la persona y que no suprima su libertad para tomar decisiones.

Aceptar esta premisa tiene consecuencias. La primera, que no es admisible que cuando es necesario iniciar un procedimiento de protección ello implique entrar en un modelo de limitación general de la capacidad. Tampoco de “modificación de la capacidad”. La capacidad no se modifica; la capacidad es la que es en cada caso y lo que se hace en el procedimiento no puede ser suprimir, limitar ni modificar la capacidad, sino establecer los mecanismos adecuados para su ejercicio en función de las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto.

La segunda, tiene también, evidentemente, implicaciones y consecuencias para la persona que ejerce la medida de protección. Tutor o curador deben buscar activamente esa capacidad residual, potenciar la autonomía de la persona, respetar su

voluntad y preferencias y sostener, ayudar, apoyar a la persona para que tome sus propias decisiones en la medida en que ello sea posible.

Pero también la Convención, exige a los Estados parte que adopten “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Una interpretación que pretende ser literal, propone sustituir el sistema de tutela y curatela por otro llamado de “apoyo”. En éste, se considera que la sustitución total que implica la tutela está proscrita por la Convención. Sin embargo, si admitimos que las “medidas pertinentes”, que es el término genérico que utiliza la Convención, deben ser, como la propia Convención exige, proporcionales, habrá casos en los que no será posible establecer un sistema de representación porque las circunstancias de la persona lo hagan desproporcionado, pero habrá otros en los que, por concurrir circunstancias especialmente graves, sólo mediante una representación se pueda garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica y, por tanto, el ejercicio de los derechos de la persona.

La representación que implica la tutela es, por tanto, una “medida pertinente” conforme a al Convención, cuando se respetan los principios de necesidad y proporcionalidad. La representación debe entenderse como cooperación, de modo que el tutor, debe tener presente en su actuación la voluntad y el interés superior del adulto protegido para tomar las decisiones que sean necesarias en el ámbito de sus facultades de representación. Debe aproximarse, tanto como sea posible, a la decisión que el representado, adulto protegido, hubiese tomado si hubiese tenido capacidad.



Normativa

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, accesible en:

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>



Saber más

Ver trabajo *La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección*, Pereña Vicente, M., Profesora titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan, que puede consultarse en la sección de “Artículos doctrinales” del presente Código.

Capítulo 4. Definiciones

4.1 Proceso sobre la capacidad de las personas, procedimiento de protección

Denominado tradicionalmente como procedimiento de incapacitación, es aquel procedimiento judicial en el que se resuelve si concurre en una persona una causa de modificación de la capacidad prevista en nuestro ordenamiento y en el que se establece la medida de protección adecuada, su extensión y límites, así como el régimen de tutela o guarda que se constituye para su protección.

En este trabajo, adoptamos la expresión genérica de procedimiento de protección ya que entendemos que la capacidad no se modifica; la capacidad es la que es en cada caso y lo que se hace en el procedimiento no puede ser suprimir, limitar ni modificar la capacidad, sino establecer los mecanismos adecuados para su ejercicio en función de las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto. Únicamente utilizaremos la expresión legal “procedimiento de modificación de la capacidad” cuando sea necesario para la correcta identificación del mismo o cuando razones técnicas así lo aconsejen, al igual que la referencia a “persona con la capacidad modificada” o “capacidad modificada judicialmente”.



Saber más

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, sentencia nº 282/2009 de 29 abril, Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías:


“De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC .

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

Accesible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>



Normativa

Artículos 199 y 200 del Código Civil, accesible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

4.2 Tutela

Es una de las medidas de guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de las personas con la capacidad modificada judicialmente. El tutor es el representante legal de la persona salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, bien en atención a la sentencia dictada o bien por disposición expresa de la Ley.

4.3 Curatela

Es una de las medidas de guarda y protección de la persona y bienes -o solamente de la persona o de los bienes de las personas con la capacidad modificada judicialmente en la que, con independencia de su extensión, la intensidad de la medida es menor que en la tutela ya que el curador no representa a la persona, sino que le asiste, complementa su consentimiento, en aquellos actos expresamente recogidos en la sentencia dictada.

4.4 Defensa judicial

Es otra de las medidas de guarda y protección reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo nombramiento puede deberse a diferentes circunstancias:

- La existencia de conflicto de intereses entre la persona con capacidad modificada judicialmente y su representante legal o el curador.
- Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñe sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
- Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.
- Para litigar contra el tutor o curador
- Para representarlo cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad

4.5 Pretutela

Es un apelativo alega, habitualmente utilizado por las entidades tutelares para designar el periodo de tiempo que transcurre desde que son propuestas para desempeñar una medida de guarda y protección, hasta que formalmente se toma posesión del cargo.

Esta proposición normalmente será realizada por el juez, pero también es posible que sea realizada por la propia persona en escritura pública o por sus ascendientes, en testamento. En ambos casos, hasta su nombramiento, las funciones del pre-tutor se limitan a abrir un expediente, al que unirá copia de aquéllas y de las circunstancias de interés vital de la persona cuya protección se propone.

4.6 Medidas cautelares

Con este nombre se designa cualquier medida que puede solicitarse, antes o durante la tramitación de un procedimiento sobre la capacidad, para la protección de la persona o de su patrimonio, ante la existencia de una situación de riesgo, inminente y grave.

4.7 Resolución judicial

Es el documento que determina la extensión y la intensidad de la medida de protección y legitima a una persona para actuar en representación de otra o en su defensa, asistencia y apoyo.

La resolución judicial puede adoptar la forma de una “sentencia” o de un “auto”.

Será una “sentencia” en aquellos casos en los que el cargo tutelar sea acordado de forma definitiva en un proceso sobre la capacidad de las personas.

Será un “auto” en los siguientes casos:

- Cuando se trate de un cargo provisional: defensor judicial, administrador o tutor provisional.
- Cuando se proceda al nombramiento de un nuevo tutor o curador, por fallecimiento, excusa o remoción del tutor designado originariamente.
- Cuando se proceda al nombramiento del tutor tras la extinción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

De ambas resoluciones el tutor deberá recibir por el Juzgado que las dictó, una copia auténtica denominada “testimonio”. Este testimonio es el que el tutor o curador deberá exhibir frente a los terceros para acreditar el cargo que ejerce. Es el título de legitimación en el tráfico jurídico.



Buena práctica

En aquellos casos en los que el nombramiento de un cargo tutelar definitivo -tutela o curatela- se hubiera realizado por resolución judicial dictada en forma de auto, será necesario exhibir también la sentencia, ya que normalmente será en ésta en la que se delimitará la extensión y los límites de la media acordada judicialmente y por lo tanto el alcance y límites de las facultades de representación, asistencia o apoyo conferidas.

Capítulo 5. Estructura de la entidad tutelar

5.1 Forma jurídica de constitución

A diferencia de otros países de nuestro entorno, no existe en nuestro ordenamiento ninguna habilitación oficial para ser tutor. Puede serlo, por lo tanto, cualquier persona que esté en pleno uso de sus derechos civiles, en quien no concurra alguna de las causas de inhabilidad recogidas en el Código Civil.

También podrán serlo las personas jurídicas las cuales, para ser tutores, han de cumplir dos requisitos:

- No tener finalidad lucrativa.
- Figurar en sus estatutos como objeto la protección de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente.



Buena práctica

Pese a no existir ninguna norma o recomendación al respecto, es aconsejable que cada entidad tutelar tenga dedicación exclusiva a un sólo sector de la discapacidad, al que pertenezca la persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, dado que:

- El perfil de los profesionales sanitarios encargados de su atención no son los mismos: psiquiatras, neurólogos, geriatras y psicólogos.
- Los recursos, tanto públicos, como privados, diseñados para su atención son diferentes.
- Y, también lo son, sus necesidades de apoyo.



Normativa

Artículos 241 a 246 del Código Civil, accesible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

5.2 Infraestructura

El tutor necesita, para el desempeño del cargo, tener a su disposición un inmueble en el que exista alguna dependencia donde puedan desarrollarse con intimidad las intervenciones necesarias con los adultos protegidos.

Asimismo, deberá contar necesariamente con un sistema adecuado de documentación que permita el archivo, custodia y acceso a sus datos.

5.3 El equipo profesional

El equipo de profesionales encargados de la atención en una entidad tutelar deberá estar preferentemente estructurado en tres áreas: un área económico-administrativa, un área jurídica y un área social, para la atención y apoyo en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la vida del adulto protegido, según la extensión y límites de la medida de protección que se establezca en la sentencia.

En cada uno de ellos, sus profesionales deberán disponer de los conocimientos, cualificación o experiencia que les habilite para ejercer la atención demandada.



Buena práctica

Sin perjuicio del apoyo por parte de voluntariado o del establecimiento de convenios de prácticas con centros académicos, es buena práctica que la entidad tutelar mantenga como principio la estabilidad en el empleo del equipo humano encargado de la atención a los adultos protegidos, procurando su contratación laboral mediante fórmulas que ofrezcan permanencia en el puesto de trabajo.


5.4 Trabajo en equipo, supervisión y control

Entre profesionales y usuarios se suelen crear fuertes vínculos emocionales, tanto positivos como negativos.

Los primeros, si bien forman parte integrante de la necesaria relación de confianza que debe crearse para el éxito de la intervención, pueden desembocar en un excesivo paternalismo en las intervenciones que impida al adulto protegido la adquisición de la necesaria autonomía, y con ella, la recuperación de competencias.

Los segundos, pueden llegar a generar miedo e incompreensión.

La gestión de ambos sólo puede abordarse creando espacios de diálogo y reflexión colectiva, que impidan que el profesional se sienta solo a la hora de abordar situaciones complejas y le permitan incorporar a sus intervenciones diferentes puntos de vista.



Buena práctica

- El trabajo del profesional ha de ser siempre supervisado por otra persona o por el propio equipo, mediante espacios de reflexión colectiva, reuniones convocadas de forma regular, en las que sus intervinientes puedan pronunciarse con libertad, evaluando recíprocamente el alcance, modo y forma de sus intervenciones.
- Es también buena práctica, que profesionales externos ayuden al equipo de trabajo a gestionar las emociones que su actividad profesional y las múltiples vicisitudes vitales de las personas para las que trabajan, les generan.

5.5 Ratio profesional-adulto protegido

Tratándose de una entidad tutelar, la delimitación del número de adultos protegidos que pueden tener como referente a un solo profesional, es una variable que está en íntima relación con la naturaleza de las actividades a realizar.

Como hemos afirmado en líneas anteriores, todas las actividades de apoyo pueden reconducirse a tres grandes grupos: sociales, jurídicas y económico-administrativas.

- Son de carácter social, entre otras, los acompañamientos al Centro de Salud Mental, las visitas domiciliarias, la elaboración de informes

sociales y las coordinaciones con los profesionales encargados del proceso de atención.

- Son de carácter jurídico, entre otras, la formalización de inventario, la formalización de escritos, la intervención y comparecencia en actos judiciales y la intervención en actos y contratos.
- Son de carácter económico-administrativo, entre otras, la atención telefónica, la gestión de las reparaciones domésticas, el control de ingresos, la realización de pagos y la elaboración de rendiciones de cuentas.



Saber más

Con la finalidad de servir de guía para conocer la carga de trabajo y por lo tanto el número y categoría de los profesionales a contratar, una entidad tutelar, Fundación Manantial, ha realizado un estudio del número, frecuencia y duración de todas las actividades desarrolladas durante 6 meses por un número determinado de sus tutelados. Han sido elegidos con distintas circunstancias psico-sociales a fin de que puedan servir de muestra, estadísticamente extrapolable a los demás.

Catalogadas conforme a las categorías antes señaladas, el resultado ha sido el siguiente:

CATEGORÍA DE LA ACTIVIDAD	Nº DE HORAS/ AÑO POR TUTELADO
Social	60 horas
Económico-administrativa	34 horas
Jurídica	20 horas
Total horas al año por cada adulto protegido	114 horas

Como se observa, más del 50% de la actividad laboral de los profesionales de la entidad tutelar se dedica a actividades encuadradas dentro del espectro "social", siendo el resto de carácter "económico administrativo" -el 30%- y de carácter "jurídico" -el 18%-.

Bastaría pues una simple operación aritmética para realizar, de forma aproximada, una prospección del número y categoría de profesionales que una entidad tutelar deberá tener contratados, conforme al número de cargos ejercidos.

5.6 Continuidad del servicio

La asistencia que se presta al adulto protegido debe estar garantizada en toda circunstancia, por lo que se debe organizar cómo designar el profesional de referencia y cómo asegurar la continuidad de dicha asistencia en caso de ausencia, prevista o imprevista del mismo, garantizando la transmisión de las informaciones necesarias para asegurar la continuidad, a la persona que se haga responsable durante la ausencia.



Buena práctica

El horario de trabajo de los distintos profesionales que intervienen en el servicio de tutela es fijado por la entidad tutelar, atendidas las características socio-demográficas del lugar y población donde presta principalmente sus servicios.

Sin embargo, como quiera que las necesidades de apoyo de la persona no tienen horario y el cargo de tutor es permanente, cada entidad tutelar deberá disponer de un servicio de guardia, 24 horas, 365 días al año, para atender aquellas eventualidades que no admitan demora.

Título II

**Nombramiento,
toma de posesión
y ejercicio del cargo**

NOMBRAMIENTO, TOMA DE POSESIÓN Y EJERCICIO DEL CARGO

Capítulo 1. La pretutela y la intervención en el procedimiento judicial

El desempeño de actividades pretutelares ofrece una posición privilegiada acerca de la situación psico-social de la persona sometida a un procedimiento sobre la capacidad. Esta situación legitima para acceder a ámbitos privados de la persona que en otro caso estarían vedados y permite ofrecer al tribunal una visión objetiva, que le facilite en un futuro inmediato tomar una decisión apropiada, adaptada a las necesidades, personalizada y proporcional.

En este sentido, lo más congruente es que la persona o entidad que sea propuesta como tutor o curador, acepte el cargo pretutelar que le sea ofrecido, bien se trate de una medida cautelar, bien de una defensa judicial.



Buena práctica

- En pleno respeto a la presunción de que todas las personas tienen plena capacidad de obrar, en el ejercicio de cualquier cargo pretutelar, aún aquéllos en los que se ejerce por mandato judicial como el de defensa judicial o administrador provisional, la persona o entidad nombrada se abstendrá de realizar cualquier acto que no sea de mera administración, si no es con expresa autorización judicial.

Por ejemplo, un administrador o un tutor provisional, en ningún caso pueden abrir o cancelar ningún producto bancario ni, por supuesto, enajenar o gravar un bien sin la debida autorización judicial.

- La defensa judicial en el procedimiento sobre la modificación de la capacidad de las personas, tiene como misión fundamental garantizar el principio de contradicción en el proceso, evitando la indefensión de la persona cuya capacidad se cuestiona.

Por esta razón, en aquellos casos en los que conforme a la legislación procesal proceda el nombramiento de defensor judicial, es conveniente que la persona física o jurídica propuesta como tutor se persone en el procedimiento y conteste la demanda.



Normativa

De los procesos sobre la capacidad de las personas: artículo 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, accesible en:

https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal&modo=1

Capítulo 2. La toma de posesión en el cargo

Para que el tutor pueda ejercer la medida de protección, es necesario que se le dé posesión del cargo y que éste lo acepte expresamente. Estos actos se realizan de forma simultánea en la sede del juzgado y quedan recogidos en un documento, denominado “acta”, de la que se le deba dar copia al tutor ya que le servirá junto con la resolución judicial, como título de legitimación frente a terceros.

Hasta este momento, a pesar de existir una sentencia firme no se puede ejercer la medida de protección acordada.



Precaución

Desde el momento en que tenga conocimiento del cargo, el tutor nombrado tiene 15 días para formular “excusa”, justificando las razones por las que, en interés del adulto protegido, no puede o no quiere aceptar el cargo.



Buena práctica

- El tutor debe solicitar en el juzgado que controla la tutela, una copia firmada y sellada, tanto de la resolución judicial, como del acta por la que acepta y entra en posesión del cargo.
- En respeto a la intimidad del adulto protegido, el tutor solicitará que estos documentos no contengan ninguna referencia a:
 - Datos de carácter personal que revelen su ideología, afiliación sindical, religión y creencias.
 - Datos de carácter personal que hagan referencia a su origen racial, su salud y a su vida sexual
 - Datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.



Normativa

- Artículos 251 y 259 del Código Civil, accesible en:
http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria&modo=1
- Artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-7391>

Capítulo 3. Primeras actuaciones

El inicio del ejercicio del cargo suele ser el momento de mayor complejidad para el equipo profesional, ya que habrá de movilizarse el personal de las distintas áreas de atención, lo que implica una inversión en tiempo importante que el tutor deberá tomar en cuenta.

Dependiendo del ámbito, extensión e intensidad del cargo aceptado, serán imprescindibles diferentes actuaciones con terceros, directa o indirectamente relacionados con el adulto protegido: los centros de salud, los profesionales implicados en su proceso de atención, bancos o entidades donde aquél tenga algún producto, organismos de la seguridad social, compañías de seguros, comunidad de propietarios y distintos proveedores de servicios, entre otros.

Deberá tener la primera entrevista con él y, frecuentemente, será conveniente mantener contacto con algún miembro de su familia o entorno.



Buena práctica

- Dada la diversidad de tareas, así como los destinatarios de éstas, es conveniente que el tutor realice una “lista de tareas” que le permitan llevar un orden y comprobar de forma ágil, las actuaciones acometidas y sus resultados.
- El tutor debe obtener un acuse de recibo, respecto de todas aquellas notificaciones que realice comunicando su condición de tutor.



Modelos

- Modelo 1. Lista de tareas
- Modelo 2. Cronograma de las tareas a realizar

3.1 Información

Durante la primera entrevista, el tutor deberá informar al adulto protegido, de forma comprensible pero con toda la amplitud necesaria, del contenido de la sentencia dictada y de los derechos y obligaciones de ambos. Tratándose de una entidad tutelar, además, deberá presentar formalmente a todos los

profesionales de la entidad, singularmente a aquéllos que vayan a tener más relación con él.

Es importante dejar un espacio de reflexión para que la persona exprese sus dudas y puedan resolverse todas las relacionadas con el desarrollo de las funciones tutelares.



Buena práctica

Está científicamente comprobado que lo que se habla después de una información de gran impacto emocional -y está sin duda lo es-, se retiene con dificultad y se olvida fácilmente.

Por esta razón es buena práctica que el tutor entregue una “carpeta de acogida”, con la finalidad de estandarizar toda la información que se repita y favorecer que el adulto protegido pueda recordar toda la información que se le ha dado.

La carpeta de acogida deberá contener, entre otros, los siguientes documentos:

- Una “hoja de acogida”, en la que al menos se haga referencia a los siguientes aspectos:
 - Dirección y teléfono del tutor
 - En su caso, nombre y correo electrónico de todos los profesionales involucrados en su proceso de atención
 - Datos principales de la medida de protección acordada
 - Documentos que han sido solicitados
 - Normas básicas de actuación, según la medida de protección acordada
- Un folleto informativo sobre la entidad tutelar
- Copia de la resolución judicial por la que se modifica la capacidad y se nombra al tutor
- Una copia del procedimiento para presentar reclamaciones, quejas y sugerencias



Modelos

- Modelo 3. Hoja de acogida

3.2 Primera entrevista

En la primera entrevista con el adulto protegido, el tutor deberá ser cauteloso en su afrontamiento, modesto en sus objetivos y muy respetuoso en el trato. La persona protegida se está enfrentando a una situación nueva, acordada desde el ámbito judicial, muy probablemente no deseada y que posiblemente sienta como aversiva.



Buena práctica

- La pregunta no es una intervención neutra. Puede ser vivida como una exigencia o una intromisión, no debe convertirse la entrevista en un interrogatorio. Se puede facilitar la narrativa del adulto protegido, planteando preguntas abiertas y utilizando las siguientes técnicas de escucha activa, muy sencillas y de probada eficacia:
 - Mirar al interlocutor, levantar las cejas, inclinarse levemente hacia él, articular monosílabos o señales acústicas de aprobación a lo largo del discurso, actúan como señales de escucha y animan a seguir hablando.
 - Repita las ideas más importantes que le haya manifestado.
 - Póngase en lugar de él, atienda especialmente e intente reflejar cuáles fueron sus sentimientos y experiencias en la situación que le narra.
 - Mantenga los brazos en posición de apertura.
 - Manténgase seguro y relajado.
 - Intente no tomar notas o solo tome las imprescindibles.
- Reserve las preguntas cerradas para recoger datos imprescindibles para el desarrollo del ejercicio del cargo, dirección, teléfono, etc.
- Al contrario, no facilita el diálogo las siguientes actitudes:
 - No permitir hablar, convirtiendo la entrevista en un monólogo del profesional.
 - Hacer críticas personales.
 - Ignorar o no tomar suficientemente en serio los sentimientos de la persona.
 - Comenzar la pregunta con la secuencia “por qué”, ya que tiene cierta connotación de culpabilidad e invita a responder de forma superficial en base a una causalidad lineal que apenas existe.

El tutor ha de ser consciente de que detrás de esa persona, más allá de los datos que obren en los informe sociales y médicos que tenga a su disposición, existe una biografía que desconoce; debe abrirse a la experiencia y no dar nada por sentado.

Antes de realizar la entrevista es importante que el profesional se prepare, asuma el rol que va a desempeñar y previamente se haga unas preguntas:

- ¿Qué emociones suscita en mí esa persona?
- ¿Cuál es el objeto de la entrevista?
- ¿Qué información se pretende transmitir?
- ¿Qué información se pretende obtener?

El profesional que realiza la entrevista no debe descuidar los distintos aspectos de la comunicación no verbal de la persona: su apariencia, autocuidado, su actitud corporal, su expresión facial y su voz, ofrecerán una valiosa información que puede contradecir o confirmar las afirmaciones verbales que realice y que en cualquier caso permitirá al profesional emitir hipótesis que habrán de ser contrastadas en el ejercicio del cargo.

El principal objetivo de la primera entrevista, es que se realice y por ello, en este sentido, el lugar es indiferente. Sí es importante, que ese lugar cumpla con las mínimas condiciones de privacidad que permita establecer un vínculo de confianza mutua. Es asimismo una muestra de respeto a la importante labor que se está realizando, evitar las interrupciones tanto personales, como telefónicas.



Buena práctica

- No es conveniente realizar la primera entrevista en el domicilio del adulto protegido. Sólo podrá realizarse allí, si usted es expresamente invitado por él. En éste caso es conveniente que acudan dos profesionales.
- Si el adulto protegido no quiere acudir a la sede, anímele a proponer un sitio alternativo que le inspire confianza; una cafetería cercana a su domicilio, un centro de ocio, el local de una asociación a la que acude, pueden cumplir esta función.
- En el acto de la entrevista y salvo supuestos extraordinarios, no deben estar presentes más que dos personas, el tutor y el adulto protegido. Si tiene su consentimiento, al finalizar puede usted entrevistarse, en presencia de él, con cualquier otra persona que pueda aportar o completar la información facilitada.


Es conveniente que la primera entrevista se realice en el domicilio del tutor, con la finalidad de ofrecer privacidad, ajustar expectativas y contextualizar la relación que se inicia.

Si bien, como se decía anteriormente, lo importante es que aquélla se realice y por ello si el adulto protegido no quiere o no puede acudir a las oficinas de la entidad, serán sus profesionales los que deberán desplazarse a cualquier otro lugar que haga posible el encuentro.

3.3 Bloqueo de cuentas

En caso de que la medida de protección se extienda a la administración patrimonial, una de las primeras actuaciones que deberá realizar el tutor será el bloqueo de todos los productos bancarios de los que sea titular el adulto protegido, de forma que nadie sin autorización del tutor pueda operar con ellos.

Esta solicitud deberá hacerse siempre por escrito, acompañando los documentos que legitiman su intervención y dejando constancia registral de su realización.



Buena práctica

El bloqueo de cuentas es una medida de profundo alcance, ya que por un lado evita que terceros puedan aprovecharse de la vulnerabilidad del adulto protegido, lo que exige inmediatez; pero por otro, impedirá a éste de forma transitoria, hacer frente a los gastos que necesita para vivir, lo que implica precaución y flexibilidad.


Por esta razón, pese a su frecuencia se han de rechazar prácticas estandarizadas. El bloqueo bancario siempre debe implicar una cuidadosa reflexión por parte de los distintos profesionales que forman parte del equipo de la entidad tutelar y que valorando todas las circunstancias concurrentes, decidirán de consuno el momento para su práctica.

De forma simultánea a la solicitud de bloqueo y, no siendo posible, con posterioridad, siempre ha de informarse al adulto protegido de la medida, su objetivo y alcance.

3.4 El Inventario de bienes y derechos: formalización, extensión y documentación

3.4.1 Cuestiones generales

Dictada la resolución judicial por la que se nombra tutor, éste será citado a la sede del juzgado para aceptar el cargo propuesto, dándole el Letrado al servicio



Precaución

Las entidades bancarias remitirán a su asesoría jurídica la resolución judicial, para comprobar el alcance de la medida de protección acordada, pero como precaución, muy probablemente bloquearán de forma inmediata todos los productos existentes en la entidad, por lo que el adulto protegido no podrá disponer de ellos durante cierto tiempo.


Tenga en cuenta esta precaución a la hora de decidir el momento e incluso el día de la semana, en el que presentará la solicitud a la entidad.

de la Administración de Justicia, a continuación, la posesión del mismo mediante la entrega del testimonio de la resolución dictada.

A contar desde el día siguiente a aquél en el que se toma posesión de cargo, tanto el tutor como el curador, si tienen la administración de los bienes, deberán presentar un inventario de los bienes del adulto protegido en un plazo de 60 días.

Este inventario cumple una doble función:

1. Es una medida para el control judicial de la administración de bienes llevada a cabo por el tutor, que se verá consumado con la comparación entre el patrimonio inicial inventariado y el existente en el momento de presentar la rendición anual de las cuentas y, llegado el momento, con la rendición final de cuentas una vez se extinga la tutela.



Precaución

Debe tener en cuenta que las entidades bancarias, remitirán a su asesoría jurídica la resolución judicial y, en su caso, los poderes que acreditan la representación del tutor, para realizar una operación denominada “bastanteo”.

Hasta que los poderes no estén debidamente bastanteados y la asesoría jurídica no haya informado del ámbito que a su juicio tiene el cargo que ejerce, no le podrán entregar el certificado de los saldos existentes en las cuentas y demás productos bancarios.

Tenga en cuenta esta incidencia a la hora de planificar el cumplimiento del plazo exigido para la presentación del inventario.

2. Pero también es un instrumento indispensable para el tutor, que diseñará conjuntamente con el adulto protegido un plan de intervención, tomando las primeras decisiones patrimoniales y renovándolas durante el tiempo en que esté vigente la medida de protección.

Pese a ello, la ley únicamente exige que el inventario contenga una “relación de los bienes, así como las escrituras, papeles y documentos que se encuentren”. Esta redacción legal obsoleta, inútil e incompleta, en modo alguno, permite ofrecer la imagen fiel del patrimonio, por lo que es necesario ordenarla y completarla delimitando claramente sus partidas del activo y del pasivo.



Buena práctica

- Si para la realización del inventario es necesario entrar en el domicilio del adulto protegido en su ausencia, es conveniente que el tutor acuda acompañado de una tercera persona, preferentemente ascendiente, descendiente o hermano y que al inventario de bienes muebles se acompañe un reportaje fotográfico.
- Si existen bienes de extraordinario valor, han de ser debidamente inventariados, tasados y depositados en el establecimiento más adecuado al efecto. Si el adulto protegido no puede costear dicho depósito, solicite autorización judicial para su enajenación.
- En otro caso, si se trata de bienes muebles de mero valor sentimental y el adulto protegido no los puede tener consigo, ofrezca a la familia convertirse en su depositario, previo inventario detallado.



Normativa

- Artículo 262 del Código Civil, accesible en:
http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria&modo=1
- Artículos 130 y 133 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, accesible en:
http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal&modo=1
- Artículos 46 y 47 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, accesibles en:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-7391>

3.4.2 Extensión y documentación

Formalmente, el inventario se materializa con la presentación de un escrito, dirigido al juzgado que supervisa el ejercicio del cargo, conteniendo dos documentos: el primero, reflejando el juzgado, los datos de identificación de tutor y del adulto protegido, fecha y firma; el segundo, el inventario propiamente dicho, junto con los justificantes que se acompañen.

En el inventario, es necesario establecer, con la debida separación, las partidas que constituyen el activo y las del pasivo.

Dentro del activo, deberá hacerse expresa mención de:

- Bienes inmuebles, expresando su carácter -vivienda, local, solar, garaje, etc.; el tipo de derecho que el adulto tiene sobre el mismo: propiedad, usufructo, uso, derecho de habitación, nuda propiedad; el porcentaje de titularidad y su utilización actual, vivienda habitual, arrendado, etc.
- Cuentas corrientes, depósitos y demás productos bancarios, con expresión de su completa identificación –código de cuenta– y del saldo que presentan a fecha de la toma de posesión.
- Fondos, efectos públicos, valores o cualesquiera otros productos financieros, con expresión de su completa identificación y de su valoración a fecha de la toma de posesión.
- El importe actualizado de su salario, pensión o prestación.



Buena práctica


Como se ha dicho anteriormente, el inventario además de mecanismo de control es un instrumento de indudable valor para el tutor. Por esta razón, es también buena práctica:

- Hacer un apartado expreso en el que se delimiten los ingresos y gastos que pudieran preverse a corto o medio plazo. Es decir, se trataría de hacer mención, por ejemplo, a la existencia de un procedimiento pendiente de reclamación de cantidad, en el que figure como demandante o demandado el adulto protegido, una indemnización pendiente de abono o una herencia aceptada.
- Aún cuando la prueba de hecho negativos es imposible, si en el inventario se afirma que el adulto protegido no dispone de ningún bien inmueble es necesario dotar esta afirmación de cierta verosimilitud, acreditando este extremo con el principio de prueba que nos ofrecen ciertos registros públicos, de donde podemos solicitar y obtener dicha información.

- Rentas por alquileres o cualesquiera otros ingresos, fijos o periódicos, cuantía y origen.
- Bienes de extraordinario valor, como alhajas, obras de arte y similares.
- Vehículos.
- Otros bienes o derechos.

Dentro del pasivo, se deberá hacer constar los créditos, préstamos y demás posiciones deudoras del adulto protegido, con expresión de su origen, plazo e importe.

Todo cuanto se afirma deberá quedar corroborado con documentos que así lo acrediten.

 Saber más	
DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LOS BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES INVENTARIADOS	
BIENES O DERECHOS	DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS
Salario	2 nóminas
Prestación o pensión pública	Certificado emitido por el organismo pagador
Pensión privada	Sentencia o contrato
Bienes inmuebles	Nota simple del Registro de la Propiedad
Productos bancarios	Certificado de la entidad depositaria o gestora.
Rentas de alquileres	Contrato
Bienes de extraordinario valor	Certificado de tasación
Vehículos	Permiso de circulación o tarjeta de inspección técnica
Hipoteca	Nota simple del registro de la propiedad y certificado bancario
Otros préstamos	Póliza o contrato
Fincas no inscritas	Certificado del catastro
Inexistencia de bienes inmuebles	Certificado del catastro
Bienes muebles	Relación detallada y fotografías



Modelos

- Modelo 6. Inventario
- Modelo 7. Inventario de bienes muebles



Dónde acudir

- Registro de la Propiedad, Mercantil y Registro de Bienes Muebles: <http://www.registradores.org/>
- Seguridad Social: http://www.seg-social.es/Internet_1/index.htm
- Dirección General del Catastro: <http://www.catastro.meh.es/>
- Dirección General de Tráfico: <http://www.dgt.es/es/>

3.5 Presupuesto

Una de las primeras actuaciones a realizar entre el tutor y el adulto protegido es la elaboración de un presupuesto, que recoja las previsiones de los ingresos y gastos que se prevén a corto y medio plazo.

En el ejercicio de una medida de protección, el presupuesto sólo puede entenderse como un programa, elaborado en forma colaborativa entre tutor y adulto protegido, de interés para ambas partes, en tanto que:

- Permite conocer y controlar los ingresos y gastos, anticipando posibles problemas.
- Permite la planificación de compras y actividades, así como replantearse lo planeado.
- Permite jerarquizar los gastos y, por lo tanto, ordenar prioridades.
- Ofrece transparencia en la administración.
- Permitirá a corto plazo formular preguntas bien fundadas, sobre las diferencias entre la previsión y lo realmente ejecutado.

En el presupuesto, se debe hacer constar expresamente la cantidad de la que el adulto protegido podrá disponer libremente para sus gastos personales, así como la frecuencia y forma de entrega.



Buena práctica

- Es contrario a su dignidad, exigir al adulto protegido que justifique con factura los gastos de alimentación y vestido, así como los pequeños gastos de ocio diario. Si el Juez que controla la tutela o el Ministerio Fiscal los solicita, hágasele saber así.

Para evitar esta situación y suspicacias al respecto, es buena práctica:

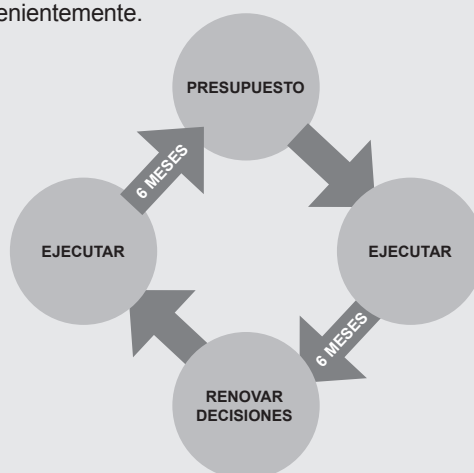
1. Que en el presupuesto se haga constar expresamente y con la debida separación la partida de gastos personales y su forma de disposición.
2. Que el presupuesto se presente en el juzgado junto con el inventario inicial, así como anualmente, junto con la rendición anual de cuentas.
3. Es conveniente que en él, se reserve una cantidad para cubrir posibles contingencias, siendo una cantidad razonable el 10% de los ingresos anuales.



Saber más

Las vicisitudes vitales del adulto protegido pueden ser poco estables, por lo que es importante que el presupuesto sea un documento dinámico, que necesitará ser ajustado continuamente a aquéllas.

El tutor ha de controlar con frecuencia su evolución y poder adaptarlo, tomando nuevas decisiones o renovándolas, antes de que acabe su periodo anual. Es conveniente que al menos cada seis meses, sea replanteado para mantenerlo o ajustarlo convenientemente.



Capítulo 4. La intervención con la familia: derechos y obligaciones

En relación con la familia, es necesario distinguir entre las relaciones del adulto protegido con ella y las relaciones del tutor, con la familia de aquél.

En las primeras, la familia tiene la trascendencia de haber sido y ser, principal agente de socialización y grupo social primario del adulto protegido, pero sus relaciones actuales estarán exclusivamente guiadas por sus deseos y preferencias. A este respecto, el tutor realizará funciones de mero observador y agente facilitador.

Las segundas, están dominadas por el hecho de que la medida acordada no está dirigida a la familia, sino única y exclusivamente a la persona. Por ello, el tutor debe respetar el derecho a la intimidad del adulto protegido, de tal forma que, como se ha dicho en otro epígrafe, sin autorización expresa del adulto protegido no se debe dar información a la familia, ni sobre cuestiones médicas, ni cuestiones personales, ni situación financiera, más allá de aquellas informaciones que sean acordes con los usos sociales y que se consideren inocuas o ceñidas estrictamente a aquello que deba darse a conocer en interés de la persona y en su exclusivo beneficio.

Por lo demás, la existencia de una medida de protección no afecta a las relaciones, derechos y obligaciones familiares ordinarias. Es decir, pese a la medida de protección, subsisten los derechos y obligaciones familiares básicas como la obligación de alimentos, consagrada en el Código Civil.

Tutor y adulto protegido han de ser conscientes de que ese deber es recíproco; los ascendientes, descendientes y hermanos tienen respecto de él, idénticas obligaciones que éste tiene frente a ellos, en situación de necesidad.



Buena práctica

- En la primera entrevista con el adulto protegido es importante hacer constar las relaciones con los diferentes miembros de la familia y recabar el consentimiento de aquél, para poder comunicar con el pariente que prefiera las distintas vicisitudes que pueden producirse a lo largo del ejercicio del cargo, sobre todo en caso de urgencia.
- El tutor, en ningún caso puede prohibir las comunicaciones y visitas de ningún familiar, ya que la persona protegida tiene derecho a decidir libremente con quien quiere relacionarse. Si reside en un centro, el derecho de visitas deberá ajustarse a las normas del centro.


Capítulo 5. El Plan de Intervención

El Plan de Intervención es el itinerario que marca la ruta por la que se desarrolla en el tiempo el ejercicio de la medida de protección acordada judicialmente.

Este plan debe responder a ciertas características:

1. Se diseña con referencia a un momento temporal definido.
2. Es dinámico, adaptándose a las circunstancias vitales de la persona.
3. Es único, para cada persona.
4. Es multidisciplinar; extendiéndose a todas las áreas de competencia, que se hayan visto afectadas por la resolución judicial.

Salvo para aquellas actuaciones consideradas urgentes o derivadas del cumplimiento de obligaciones judiciales, el tutor no debe realizar ninguna actuación hasta que no esté diseñado el Plan de Intervención.



Buena práctica

- El Plan de Intervención debe constar por escrito.
- Ha de procurarse que en su diseño y ejecución participe el adulto protegido, desde un principio, si es posible, o a lo largo de su ejecución.
- La historia del adulto protegido, puede permitir entender su conducta ante una situación concreta, pero no debe servir para elegir o definir una intervención.
- En su diseño y ejecución, deberán recogerse también no solo las “conductas problemáticas”, sino aquellos aspectos positivos, con especial atención a las áreas en las que la persona resulta especialmente competente.


El Plan de Intervención consta de las siguientes fases:

1ª Fase: evaluación

En ésta, el tutor deberá recoger el mayor número de datos, concretos y comprobables, que le permitan evaluar la situación global (personal, familiar, social, sanitaria, jurídica y económica) de la persona, buscando la máxima objetividad.

Para ello y, entre otros, se utilizarán los siguientes instrumentos:

- La sentencia dictada en el procedimiento de modificación de la capacidad.
- Los informes clínicos y sociales.
- La entrevista con el adulto protegido.
- La entrevista con la familia.
- La visita a domicilio.
- La observación del entorno.

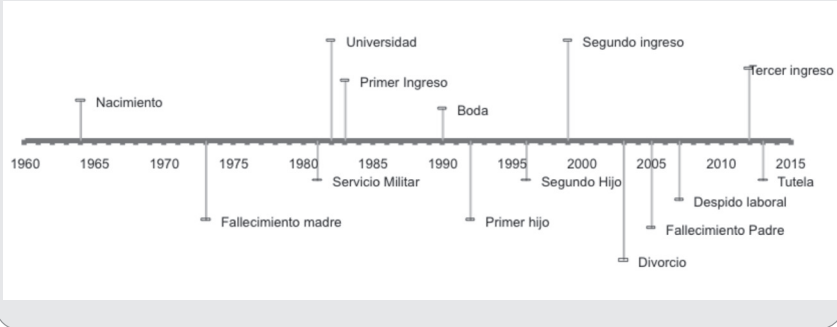


Buena práctica

El tutor irá completando, a lo largo del tiempo, la biografía del adulto protegido. Hasta entonces se enfrenta con una hoja en blanco que deberá ir cumplimentando poco a poco.

Para poder tener desde el principio una visión vital global, puede ser útil el diseño de una línea, en la que se irán situando los hitos más importantes y, quizá, con mayor de su vida.

Ejemplo:



Año	Evento
1965	Nacimiento
1975	Fallecimiento madre
1980	Servicio Militar
1985	Universidad
1985	Primer Ingreso
1990	Boda
1995	Primer hijo
2000	Segundo Hijo
2000	Segundo ingreso
2005	Divorcio
2005	Fallecimiento Padre
2010	Despido laboral
2015	Tercer ingreso
2015	Tutela

2ª Fase: análisis del problema y formulación de hipótesis

Realizada inicialmente la evaluación –que continuará a lo largo del desarrollo de la medida de protección– el tutor debe identificar los problemas y las necesidades del adulto protegido.

Para ello, el tutor no debe guiarse por un diagnóstico, no se debe trabajar sobre enfermedades o sobre enfermos. Lo importante es centrarse en aquellos aspectos personales o contextuales que hayan contribuido, o están contribuyendo, a originar o perpetuar un problema, con especial atención a aquéllos que causen malestar en la persona, que le impidan vivir, recuperarse o que estén íntimamente ligados a los motivos por los que haya visto judicialmente modificada su capacidad.



Buena práctica

- Para delimitar los problemas que pueden concurrir, es conveniente realizar un listado de posibles circunstancias que hubieran podido estar en su origen.

Para ello, el tutor puede servirse de algunos instrumentos internacionales existentes, como los “Códigos Z” de la Clasificación internacional de enfermedades:

- Problemas relacionados con la educación y la alfabetización.
- Problemas relacionados con el empleo y el desempleo.
- Problemas relacionados con la vivienda y las circunstancias económicas.
- Problemas relacionados con el ambiente social.
- Otros problemas relacionados con el grupo primario de apoyo, inclusive circunstancias familiares.
- Problemas relacionados con ciertas circunstancias psicosociales.
- Problemas relacionados con otras circunstancias psicosociales.

Fuente: Clasificación Internacional de Enfermedades (décima versión), CIE-10-MC

- No olvide recoger también, junto a aquéllos, las fortalezas u oportunidades que tiene el adulto protegido y que le podrán permitir superarlos.



Saber más

Clasificación Internacional de Enfermedades (décima versión), CIE-10-MC, accesible en:

https://eciemaps.mspsi.es/ecieMaps/browser/index_10_mc.html


Una vez identificados, el tutor debe formular una hipótesis y, tras ello, contestar la pregunta:

¿Qué se puede hacer para solucionarlo?

3ª Fase: Establecer los objetivos de la intervención

Identificados los problemas y las necesidades, el tutor y, en su caso, el adulto protegido deberán establecer un orden de prioridades, operativizando los objetivos que se pretendan conseguir de forma inmediata, mediata o final.

A esta fase deberán incorporarse, para su aplicación, conservación, potenciación o tratamiento, aquellas competencias o habilidades que sirvan a la persona para evitar el problema o, al contrario, cuya falta de competencia esté impidiendo su resolución.



Buena práctica

- El tutor dispone de medios para conseguir objetivos parciales, pero el éxito global de un plan de intervención sólo puede alcanzarse si en su diseño y ejecución ha participado activamente el adulto protegido.
- Si no puede alcanzar un consenso general, se ha de buscar el acuerdo para la consecución de pequeños objetivos.
- Salvo casos extremos, de graves discapacidades, siempre existen áreas de participación, intereses comunes, objetivos que pueden ser definidos conjuntamente.
- El tutor puede encontrarse mucho más cerca del acuerdo de lo que piensa, no renuncie nunca y sea flexible en sus planteamientos.

4ª Fase: Selección y aplicación de las técnicas de intervención

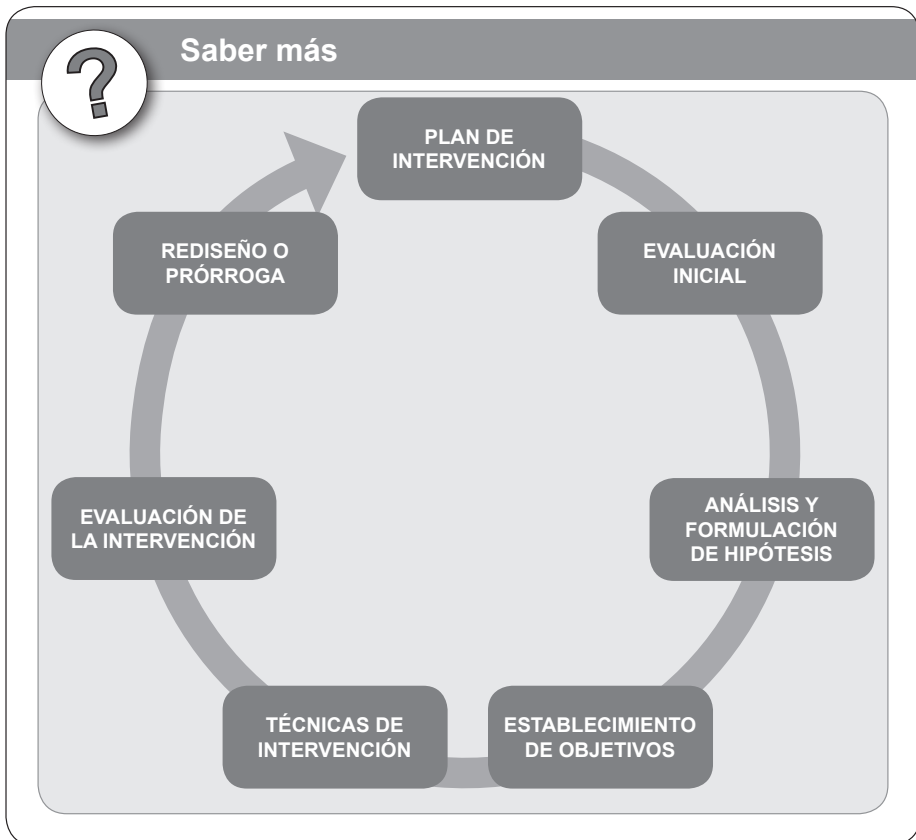
Es en ésta donde mejor se manifiesta la riqueza de la institución tutelar.

Tratándose de una entidad tutelar, cada uno de los miembros del equipo profesional, ejecutará o promoverá la ejecución de aquellas técnicas propias de su oficio, que han sido consensuadas como más adecuadas para la resolución del problema detectado.

- Así, por ejemplo, los profesionales del área jurídica promoverán el ejercicio judicial o extrajudicial de los derechos del adulto protegido, instando para ello las autorizaciones judiciales que fueran necesarias.
- Los profesionales del área económica, ejecutarán las más adecuadas para conseguir a medio plazo un equilibrio presupuestario.
- Y, los del área social, las técnicas terapéuticas, o de acompañamiento, intervención y seguimiento, más adecuadas.

5ª Fase: Evaluación de la intervención

A efectos operativos, el plan de intervención comienza con la aceptación del cargo tutelar y se desarrolla temporalmente a lo largo de un año, hasta que vuelve a ser rediseñado, coincidiendo normalmente con el momento de la presentación del informe que sobre la persona y bienes se presenta anualmente en el juzgado que controla la tutela.



Ello no obstante, el Plan debe estar en continua evaluación, a través de:

- Los seguimientos de los profesionales, con el adulto protegido
- Las coordinaciones con él y con terceros involucrados en su proceso de atención.
- Las reuniones de equipo y supervisiones de la intervención, en caso de entidades tutelares.

6ª Fase: Rediseño o prórroga del plan de intervención

Al menos de forma anual y a la vista de la evaluación de las intervenciones realizadas y los objetivos obtenidos, todos los integrantes del equipo que participó en su diseño y, siendo posible, el adulto protegido, rediseñaran o prorrogarán el plan.

Título III

El ejercicio de la función tutelar


EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN TUTELAR

Capítulo 1. Área de atención personal

1.1 Apoyo social y afectivo

El apoyo social es una variable que directamente incide en la salud y el bienestar de las personas. Sin embargo se debe huir de una prestación de apoyos incondicionales, producto de un excesivo paternalismo en el trato, ya que impediría fomentar la autonomía y el empoderamiento del adulto protegido.


Tan importante o más que el apoyo recibido, es el percibido; es decir, que el adulto protegido sepa que puede compartir sus preocupaciones con el tutor y pueda demandar ayuda cuando lo necesite.



Buena práctica

Fomentar la creación de una red de apoyo, es imprescindible para el buen desarrollo del ejercicio de la medida de protección.

Si no existe, el tutor debe procurar crear una red de apoyo formal con la ayuda profesional a la que tenga derecho el adulto protegido: el/la psiquiatra, el/la DUE, el/la trabajador social, el/la psicólogo del centro al que acude son profesionales imprescindibles con los que ambos deberán tejer dicha red.

También los sistemas informales de apoyo son un gran recurso comunitario y es misión del tutor conocerlos y respetarlos, ya que forman parte del contexto que amortigua la posible discapacidad de la persona. La familia, un vecino amable, el portero o el camarero del bar al que normalmente acude, puede constituirse en red formal o informal que le apoye e informe al tutor puntualmente de importantes vicisitudes vitales, de las que de otra forma sólo tendría  probablemente, un conocimiento incompleto y tardío.

1.2 La intervención

Prestar apoyo, asesoramiento y asistencia personal al adulto protegido es una de las misiones más importantes del tutor.

Cuando cualquier persona tiene libertad de acción su autoestima se fortalece. Por esta razón la autoestima de las personas, cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, suele ser baja. Es competencia directa del tutor intentar

recuperarla y para ello hay que intentar capacitarle, empoderarle en aquellas áreas en las que tenga autonomía, incluso en aquellas a las que se extiende la medida de protección, en tanto no estén en juego sus intereses vitales o patrimoniales cuya protección precisamente motivó la medida de protección.

El trastorno mental puede causar una severa discapacidad en el ámbito de las relaciones sociales y por ello, es conveniente que el tutor intervenga siempre bajo una perspectiva comunitaria, de forma que su intervención además de ir dirigida a fortalecer a la persona, se oriente también al contexto en el que vive, haciéndole partícipe de recursos y servicios comunitarios, generando su confianza y permitiéndole tener una experiencia de control que redundará en su bienestar.

Las intervenciones del tutor tienen como particularidad el hecho de que no siempre se producen en un ambiente estructurado –consulta, oficina o servicios–, sino en un domicilio, una cafetería o, simplemente, en la calle.

Esta circunstancia en absoluto resta valor a la intervención, pero la hace más compleja, ya que el profesional no podrá emplear la metodología al uso –cuestionarios, escalas, etc.– sino que solo podrá utilizar los elementos que conforman su vida diaria, los elementos de lo cotidiano.

Charlando sobre una película, los goles que metió su equipo favorito, de política o simplemente paseando en silencio, se está interviniendo terapéuticamente, con tanta fuerza o más, que en un contexto clínico usual.

Sólo será útil la intervención, si se ha logrado crear entre el tutor y el adulto protegido un vínculo y para ello es imprescindible mostrar un interés positivo hacia la persona. La existencia de este vínculo, es lo que sostendrá en el tiempo la intervención y por ello hay que ser muy cuidadoso para no romperlo.




Buena práctica

El hecho de ser tutor, no otorga a la persona un poder especial de seducción.

Los adultos protegidos tienen normalmente una “historia”, bien en los servicios de salud, bien en los servicios sociales. Buscar y demandar la ayuda de los profesionales de estos servicios y coordinarse con ellos, es obligación del tutor y supondrá una importante ayuda para el éxito de la intervención.

La tutela en nada cambia la condición que la persona tiene de usuario, paciente, consumidor, pariente, vecino o ciudadano; tutor y adulto protegido deben defenderla y hacerla valer en cada caso.

Precaución



No prometa lo que no se pueda cumplir; el tutor ha de ser honesto y reconocer la existencia de ciertos límites en sus intervenciones:

- De carácter institucional, derivados de la resolución judicial que la legitima y delimita a su vez.
- Derivados de las propias circunstancias personales, sociales y materiales del adulto protegido, generalmente muy precarias y que pese a la medida de protección acordada, con frecuencia persistirán.
- Y los derivados de los propios recursos que se pueden ofrecer como tutor.

Saber más



FACTORES DE RIESGO

Causas Orgánicas + Estrés excesivo y prolongado + Explotación Inequidad + Experiencias continuadas de no control

% Problemas de Salud

Recursos personales:
- Capac. Afrontamiento
- Competencia social
- Autoestima

Fortalecer los contextos comunitarios:
-Apoyo social
-Servicios y Recursos Accesibles
-Experiencias de dominio y control

EQUIDAD

FACTORES DE PROTECCIÓN

Fórmula de incidencia de problemas de Albee, adaptada por Costa Cabanillas, M. y López Méndez, E. (2014)

1.3 La visita domiciliaria

La visita domiciliaria es una técnica de intervención social que se aplica en el domicilio del adulto protegido.

El tutor debe preocuparse de conocer y aplicar correctamente esta técnica que, muy alejada de la frivolidad con la que se practica convencionalmente en la vida diaria, requiere de una cuidadosa planificación, tanto en sus objetivos como en su desarrollo. Para el tutor, los objetivos de la visita son los siguientes:

- Obtener, verificar y ampliar la información que le ha sido facilitada por el juzgado, los profesionales, el adulto protegido o la familia.
- Comprobar o conocer carencias que deban incorporarse como objetivos de intervención.



Buena práctica

Para la ejecución de la visita domiciliaria, pueden seguirse las siguientes pautas:

- Incluya en el Plan de Intervención pactado, el número de visitas domiciliarias que se realizarán a lo largo del año.
- Planifique con él, el día y la hora, cualquier improvisación puede perjudicar las siguientes intervenciones.
- No tome notas durante la visita: observe y escuche.
- Sea en todo momento cordial y respetuoso, muéstrele interesado con lo que se le enseña o relata.
- No acceda a otras dependencias de la vivienda o a sitios cerrados, si no tiene autorización; pero de tenerla no dude en utilizarla.
- No acepte ni comida, ni bebida, salvo que ello forme parte de la planificación de la técnica. Recuerde en todo momento que está usted trabajando.
- Aproveche la visita para contrastar las hipótesis que sobre las habilidades básicas o instrumentales se hubiera formulado.
- Si comparte su domicilio con otras personas aproveche para hablar con ellas en presencia del adulto protegido y observe cómo interactúan entre sí.
- No sea maleducado; si ha observado algo inadecuado vuelva y pacte en entrevistas posteriores las mejoras que cree conveniente hacer.

Tutor y adulto protegido, deben valorar conjuntamente la oportunidad de una visita domiciliaria y hacerla siempre de forma consensuada. No hacerlo así, provocaría en el adulto protegido una potencial vigilancia a través de la cual, hipotéticamente, podría conseguirse el control deseado, pero a cambio, quedaría lesionada su dignidad, se deterioraría el vínculo con él y podrían generarse defensas que en lo sucesivo serían muy complicadas de superar.

1. 4 La entrada en el domicilio

La entrada en el domicilio del adulto protegido es un asunto complejo, ya que siendo el lugar donde se desarrolla la vida íntima de la persona, se encuentra protegido constitucionalmente.

Para que el tutor pueda tomar una decisión razonable al respecto, deberá tener en cuenta las siguientes pautas:

1. Si el tutor está ejerciendo un cargo de naturaleza provisional, defensa judicial, administración o tutela provisional, por ejemplo, sólo podrá entrar en el domicilio de la persona en los siguientes casos:
 - Cuando tenga su autorización.
 - Cuando esté expresamente facultado para ello por la propia resolución judicial de nombramiento o por otra posterior, dictada en respuesta a la solicitud formulada al efecto.
2. Si está ejerciendo un cargo definitivo, como regla general deberá distinguir:
 - a) Si es tutor y el adulto protegido no se encuentra en el domicilio –no de forma accidental–, el mandato implícito en la tutela le legitima para entrar en él, a fin de realizar cualquier actuación relacionada con ésta.
 - b) Si es tutor y aquél se encuentra en su domicilio, sólo podrá entrar en él:
 - Cuando tenga su autorización.
 - En cualquier otro caso, para prevenir un mal inminente y grave para su persona o sus bienes, o para la persona o bienes de terceros.
 - c) Si es curador, con independencia de que el adulto protegido se encuentre o no en él, sólo podrá entrar:
 - Cuando cuente con su autorización.
 - En cualquier otro caso, para prevenir un mal inminente y grave

para su persona o sus bienes, o para la persona o bienes de terceros.

1.5 Contactos, seguimientos y coordinaciones

Una de las tareas que más frecuentemente deberá realizar el tutor, es hacer un seguimiento del adulto protegido.

Además de cumplir con una finalidad de supervisión, los contactos con él tienen como objetivo crear vínculo, favorecer la relación de confianza entre ambos, lo que garantizará el buen ejercicio de la medida de protección. La creación de un vínculo sólido, dependerá de la frecuencia e intensidad de los contactos, pero sobre todo de la comprensión y del respeto mutuo.

Su frecuencia depende de múltiples factores, por lo que es difícil establecer normas cerradas, pero sí podemos ofrecer algunos criterios generales para su determinación:

- No desaproveche las oportunidades de contacto que ofrecen las nuevas tecnologías, pero no hay técnica que sustituya la calidez del trato personal.
- La frecuencia de los contactos ha de estar en relación directa con su lugar de residencia, debiendo ser mucho más alta si viven en un domicilio particular.
- Como criterio orientador es conveniente contactar al menos una vez por semana, con aquellos que viven en domicilio; una al mes, al menos, en caso de residir en un centro o recurso residencial de carácter social; y una, al menos, cada dos meses, en caso de residir en un centro o recurso residencial de carácter sanitario.
- En caso de residir en un centro o recurso residencial, son imprescindibles las coordinaciones con los profesionales que intervienen en su proceso de atención, pero éstas no deben suplir el contacto directo con el adulto protegido.

Si la persona no aprecia, ni necesita el contacto personal con el tutor, incrementar las visitas es inútil y puede resultar contraproducente. Es mejor respetar el ámbito de libertad de la persona, mantenerse en el límite estricto que nos exija el respeto a la resolución judicial dictada e incrementar la frecuencia de las coordinaciones con terceros.

Complemento de los seguimientos, son las coordinaciones que el tutor mantiene con el propio adulto protegido para llegar a algún acuerdo o con terceros, normalmente familia o profesionales, sobre cuestiones de interés para el adecuado desenvolvimiento de la medida de protección.



Buena práctica

- El tutor debe pactar con el adulto protegido la frecuencia, lugar y modo para la práctica de esos contactos o seguimientos y hacerse constar por escrito en el Plan de Intervención.
- Para poder llegar a un acuerdo al respecto, es útil plantearse las siguientes cuestiones:
 - ¿Se encuentra la persona cómoda e integrada en su entorno?
 - ¿Tiene contactos frecuentes con otras personas?
 - ¿Comparte piso o recibe visitas de familiares o amigos, con los que el tutor tiene contacto?
 - ¿Le gusta conversar o estar acompañada de otras personas?
 - ¿Cuál es el motivo del contacto?
- Tan importante es tener contacto directo como contar con algún procedimiento que permita dejar constancia escrita del lugar, la hora, tipo de intervención realizada y sus resultados.



Modelos

- Modelos 4 y 5. Coordinaciones y seguimientos.

1.6 Seguimiento médico

Si la medida de protección acordada se extiende a cuestiones relativas a la salud, es conveniente que el tutor acompañe al adulto protegido a las citas médicas, muy especialmente a las psiquiátricas.

La finalidad de estos acompañamientos es conocer el tratamiento que ha de seguir y por lo tanto poder efectuar correctamente su seguimiento.



Buena práctica

- En la primera visita, el tutor debe entregar en el Centro de Salud una copia de la resolución judicial que le habilita, con la finalidad de que sea incorporado a la historia clínica.
- Asimismo es conveniente anexas a ella una hoja informativa de los datos de identidad y de contacto del tutor.



Saber más

Uno de los problemas que con cierta frecuencia se enfrentará el tutor, es la resistencia del adulto protegido a seguir, en términos globales, el tratamiento pautado.

Alguna de las pautas que pueden resultar útiles, son las siguientes:

- Conseguir que aquél participe en el diseño de su propio tratamiento, lo que necesariamente habrá de realizarse en colaboración con los profesionales que le atienden. El tutor debe solicitar para ello, su colaboración y consejo.
- Favorecer su colaboración indagando sobre sus percepciones, sentimientos y posibles dificultades que obstaculizan su cumplimiento; ¡pregúntele!
- Atribuir los logros terapéuticos a su esfuerzo, no a los profesionales que intervienen en su proceso terapéutico.
- Organizar la consecución de objetivos, en pasos cortos y graduales.



Precaución

Aunque en virtud de la resolución judicial el adulto protegido no pueda otorgar formalmente el consentimiento médico, conserva plenamente su derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Asimismo, tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informado.

1.7 Ingreso hospitalario psiquiátrico no voluntario

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de acordar el ingreso no voluntario de una persona, por razón de trastorno psíquico.

Este ingreso, que siempre ha de responder a indicaciones clínicas, puede ser realizado de dos formas:

- En forma ordinaria, normalmente consecuencia de un ingreso previamente programado para ocupar una plaza en un centro residencial, público o privado.
- En forma extraordinaria, por razones de urgencia médica.



Saber más

INGRESO ORDINARIO

Competencia	El Juzgado de 1ª Instancia del lugar donde tenga su residencia el adulto protegido.
Indicación	Terapéutica.
Condiciones	Persona con trastorno psíquico, que se encuentre tutelada o curatelada en salud, siempre que en este último caso no pueda decidir por sí.
Duración	Indeterminada.
Procedimiento	Judicial: Comparecencia ante el Juez del adulto protegido, con asistencia del Ministerio Fiscal, Médico Forense, tutor o curador y cualquier otra persona que el Juez considere conveniente.
Control	Cuando el Juez lo considere conveniente; en todo caso y como mínimo, cada seis meses.
Finalización	Por el Juez: por irregularidades o incumplimiento de procedimiento, así como por inexistencia de causa. Por el facultativo: Por alta médica.

INGRESO DE URGENCIA

Competencia	Cualquier facultativo
Indicación	Terapéutica
Condiciones	Razones de urgencia
Duración	Indeterminada
Procedimiento	Sanitario
Control	Ratificación por el juez en 72 horas, control a posteriori cuando lo considere conveniente y, como mínimo, cada seis meses.
Finalización	Por el Juez: por irregularidades o incumplimiento de procedimiento. Por el facultativo: Por alta médica.

En cualquiera de los casos, el ingreso es siempre una situación crítica para la persona, por lo que el tutor y, en su caso, el equipo profesional ha de quedar en alerta mientras ocurre.

Tan pronto como la persona sea dada de alta, el tutor deberá ser especialmente cuidadoso en el respeto a sus derechos sanitarios que, suspendidos por razones de urgencia, vuelven a estar plenamente vigentes.



Buena práctica

- Es buena práctica, que mucho antes de producirse el ingreso, tutor y adulto protegido puedan hablar libremente sobre esta posibilidad y los factores que éste considera importantes si llegara a producirse, como por ejemplo el hospital donde ingresar, a quién avisar u otros.
- Practicado el ingreso el tutor debe ponerse en contacto con el centro hospitalario o residencial, para conocer y atender, en su caso, las posibles necesidades de la persona.
- Si el ingreso se ha producido por vía de urgencia y el adulto protegido reside sólo en su domicilio, es necesario que el tutor entre en él, con la finalidad de comprobar el estado de la vivienda y que sus suministros, servicios, electrodomésticos y otros, queden en un correcto estado, impidiendo ruidos, inmisiones o daños en el propio inmueble o en la persona o bienes de terceros.
- Si el adulto protegido convive con mascotas deberán ser trasladadas a un centro adecuado para el cuidado de animales de compañía.



Normativa

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1986-10499>
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>
- Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. accesible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Párrafo primero del artículo 271 del Código Civil, accesible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>



Precaución

Si la medida de protección acordada es una tutela y ésta se extiende al ámbito sanitario, el ingreso psiquiátrico del adulto protegido siempre tiene carácter involuntario, por lo que, aún tratándose de un ingreso ordinario, el tutor ha de solicitar autorización judicial.



Saber más

La legislación básica en materia sanitaria es competencia del Estado. Las comunidades autónomas, sólo tienen competencia para su desarrollo.

El tutor deberá acudir a la página web de la Consejería de Sanidad de la comunidad autónoma correspondiente, para comprobar la existencia de la normativa autonómica al respecto, así como de la existencia y vigencia de un Plan de Salud Mental.

Capítulo 2. Área de atención económica administrativa

2.1 Apertura y cancelación de productos bancarios

Para el tutor y el adulto protegido puede ser conveniente centralizar todos los productos bancarios en pocas entidades bancarias. Eso permitirá cierta fluidez en las transacciones y, probablemente, condiciones más ventajosas, pero esto puede implicar la cancelación de cuentas. Consulte, pida opinión y pacte con el adulto protegido, ya que puede haber intereses personales o patrimoniales que aconsejen mantenerlas abiertas.



Precaución

- No deje cuentas sin fondos sin cancelar, ya que pueden generar gastos de mantenimiento.
- No cancele ninguna cuenta hasta que no compruebe que todos los abonos y cargos se encuentran ingresados y cargados en la nueva cuenta de explotación.



Buena práctica

Todos los productos bancarios han de estar a nombre del adulto protegido. Ninguna persona o entidad puede estar como autorizado o cotitular.

Si existen cuentas o productos, preexistentes al ejercicio del cargo, en los que el adulto protegido comparta la titularidad con alguien, se debe hacer constar expresamente en el inventario, con indicación del importe que pertenece a cada uno. Asimismo, deberá procederse a su cancelación tan pronto como sea posible.

2.2 Operativa bancaria de cobros y pagos

El adulto protegido deberá disponer de una cuenta bancaria de explotación. Será en ésta donde se abonarán todos los ingresos y donde se domicilien todos los pagos que de forma usual y como cliente de los diferentes servicios y suministros, deban efectuarse.

Junto a ella, podrá abrirse otra cuenta o similar, desde la que el adulto protegido podrá disponer libremente del saldo y que se nutrirá de traspasos realizados desde la cuenta de explotación, conforme al presupuesto previamente establecido.

Todos aquellos pagos cuya domiciliación no sea posible, serán realizados siempre mediante transferencia desde la cuenta de explotación a la de destino, con indicación del nombre y apellidos, o domiciliación social del beneficiario, y el concepto detallado.



Buena práctica

Para disponer de las cantidades acordadas para los gastos personales del adulto protegido, se podrá asociar a la cuenta de explotación algún otro producto bancario, cartilla, tarjeta o similar, que permita disponer por los cauces habituales y ordinarios de dichas cantidades.

El tutor deberá promover la utilización de productos a disposición de los usuarios bancarios en general, rehusando la oferta de productos inusuales que puedan estigmatizar a quien los usa.

En ningún caso, salvo circunstancias excepcionales de carácter transitorio, el adulto protegido deberá acudir a la sede o domicilio del tutor para que pueda disponer de las cantidades previstas para gastos personales.

Sólo de forma excepcional podrán hacerse pagos en efectivo, en cuyo caso se extenderá un recibo que firmará de puño y letra su receptor, que en ningún caso formará parte del equipo de la entidad tutelar.

A excepción de los gastos domiciliados bancariamente, todos los justificantes se numerarán de forma correlativa y serán archivados cronológicamente.

2.3 Disposición de fondos o efectos

No puede ofrecerse una norma general acerca de la disponibilidad del dinero o efectos depositados en una entidad bancaria, ya que depende tanto de la naturaleza del cargo designado, de su extensión e intensidad y del producto contratado.

Saber más

Tabla-Resumen de las posibilidades de disposición de los distintos productos de inversión y ahorro, por el tutor, tutelado o el curatelado.

	Depósitos	Cuenta de valores	Fondos de inversión	Cuenta corriente	Cuenta Gastos personales	Tarjeta débito	Tarjeta crédito
Tutela en administración ordinaria y extraordinaria	Tutor	Tutor + autorización judicial	Conforme a folleto	Tutor	Tutelado	Tutor	Tutor + autorización judicial
Tutela en administración extraordinaria	Tutor	Tutor + autorización judicial	Conforme a folleto	Tutelado	Tutelado	Tutor	Tutor + autorización judicial
Curatela en administración ordinaria y extraordinaria	Curador + Curatelado	Curador + Curatelado	Conforme a folleto	Curador + Curatelado	Curatelado	Curador + Curatelado	Curador + Curatelado
Curatela en administración extraordinaria	Curador + Curatelado	Curador + Curatelado	Conforme a folleto	Curatelado	Curatelado	Curatelado	Curador + Curatelado
Tutela provisional	Tutor	Tutor	Tutor	Tutor	Tutelado	Tutor	Tutor + autorización judicial
Administración provisional	Administrador + autorización judicial	Administrador + autorización judicial	Administrador + autorización judicial	Administrador	Administrador	Administrador	Administrador + autorización judicial
Defensa judicial	Defendido	Defendido	Defendido	Defendido	Defendido	Defendido	Defendido

El tutor debe examinar con detenimiento tanto uno como el otro, para comprobar quién puede detraer los fondos depositados: el adulto protegido, por sí mismo; éste y el curador conjuntamente; o sólo el tutor.

Se recoge en el anterior cuadro, una pequeña guía que recoge las situaciones más usuales que pueden darse en la siguiente práctica.

2.4 Inversiones

La rentabilidad de cualquier producto financiero es directamente proporcional a su riesgo e inversamente proporcional a su liquidez; es decir, un producto es mucho más rentable cuanto mayor es el riesgo que se asume y menos líquido es.

Hechas estas consideraciones, en esta materia el tutor debe tomar en cuenta que está obligado a administrar el patrimonio del adulto protegido con la diligencia de un buen padre de familia. Esta obligación supone que:

- Deberá procurar la rentabilidad del dinero disponible, no necesario para la atención de las necesidades corrientes del adulto protegido.
- El tutor debe rechazar aquellos productos que exijan la asunción de riesgos incompatibles con aquella declaración.
- Para realizar las inversiones, el principio de conservación de los bienes, debe prevalecer sobre el de incremento, y el de seguridad sobre el de rendimiento.

Para la elección de las inversiones, el tutor deberá ponderar los siguientes criterios:

1. Relativos al adulto protegido:

- Sus preferencias
- La edad
- Su estado de salud
- Sus necesidades financieras para el gasto corriente
- La previsión de gastos particulares a corto o medio plazo
- Sus ingresos

2. Relativos a la inversión:

- Su cuantía
- Su duración
- Sus repercusiones tributarias
- La liquidez, el riesgo y su complejidad
- La situación política, social y económica del momento



Buena práctica

Tratándose de adultos protegidos cuyo presupuesto anual sea deficitario, antes de realizar cualquier tipo de inversión se deberá calcular cuál será presumiblemente el importe de las necesidades corrientes a cubrir en los próximos años. Para ello se utilizará como criterio la esperanza media de vida, sin perjuicio de la consideración de las circunstancias particulares de salud que procedan.

Por ejemplo, si un varón de 57 años tiene unos ingresos anuales de 25.000 € y unos gastos de 32.000 €, para calcular los gastos corrientes que deberá cubrir en los próximos años, multiplicaremos el déficit por su esperanza de vida según estadísticas oficiales (de 80 años, según el Instituto Nacional de Estadística), conforme a su edad (7.000 € x 23 años), resultando la cantidad de 161.000 €.

Esta cantidad debe encontrarse siempre disponible en la cuenta de ahorro de la persona tutelada o en depósitos bancarios; el resto podrá ser invertido en otros productos.



Buena práctica

Una administración prudente obliga a distinguir dentro del patrimonio del adulto protegido diversos tramos, con la finalidad de aplicar a cada uno de ellos ciertas directivas de inversión:

1. Primer tramo: aquel destinado a asegurar el mantenimiento de los gastos corrientes, sólo podrá ser invertido en productos 100% garantizados y de liquidez inmediata. Si la cantidad es superior a 100.000 euros, es aconsejable depositarlo en diferentes entidades por tramos de esa cantidad.
2. Segundo tramo, el excedente del mantenimiento de los gastos corrientes, podrá invertirse en:
 - Depósitos bancarios a medio o largo plazo.
 - Fondos de Inversión de carácter conservador o moderado.
 - Valores del Tesoro Público Español.
 - Bienes inmuebles radicados en España.
 - Valores del IBEX o del EUROSTOXX.
3. Tercer tramo: tratándose de excedentes patrimoniales de gran cuantía, podrá realizarse la inversión en cualquier producto, si bien, el tutor deberá contar con un asesor financiero especializado y, en forma previa a cualquier contratación, solicitar autorización judicial.



Saber más

- El sistema de garantía de depósitos español está integrado por dos grupos de fondos:

1. El Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Tiene por objeto garantizar los depósitos en dinero y en valores u otros instrumentos financieros constituidos en las entidades de crédito, con el límite de 100.000 euros para los depósitos en dinero o, en el caso de depósitos nominados en otra divisa, su equivalente aplicando los tipos de cambio correspondientes, y de 100.000 euros para los inversores que hayan confiado a una entidad de crédito, valores u otros instrumentos financieros. Estas dos garantías que ofrece el Fondo son distintas y compatibles entre sí.

Puede obtener información detallada en la siguiente dirección:
www.fgd.es

2. El Fondo de Garantía de Inversiones, cuya finalidad es ofrecer a los clientes de las sociedades de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de carteras la cobertura de una indemnización en caso que alguna de estas entidades entre en una situación de concurso de acreedores o declaración de insolvencia por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

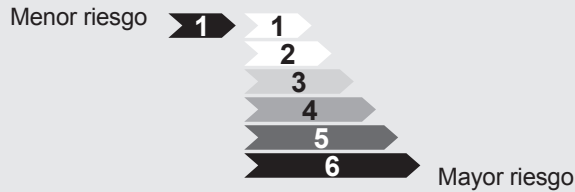
Puede encontrar información en las siguientes direcciones:
www.fogain.com
www.cnmv.es/inversores/esp/index.htm

- Portal del cliente bancario: <http://www.bde.es/clientebanca/es/>
- Simulador de depósitos bancarios, intereses y TAE:
http://www.bde.es/clientebanca/es/Menu_Botonera/Simuladores/deposito_tae/
- Búsqueda de información de precios y características (mercados y activos):
 1. Acciones y renta fija privada: Boletín de cotización de Bolsa de Madrid:
<http://www.bolsamadrid.es/esp/aspx/Estadisticas/Boletin/frameboletin.aspx>
<http://www.infobolsa.es/>
 2. Letras Tesoro bonos y Obligaciones: Boletín diario de Deuda Pública:
<http://www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/banota/b151012.pdf>
 3. Renta fija Privada: Boletín diario AIAF (renta fija):
<http://www.aiaf.es/docs/Ficheros/Boletin/boletinAIAF.pdf>



Precaución

- El tutor no debe contratar productos financieros cuyos indicadores de riesgo o alertas sobre su liquidez o complejidad sean superiores a la media, estandarizada conforme a los criterios a tal efecto elaborados por el Ministerio de Economía y Competitividad o por el Banco de España.



Fuente: Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

- El tutor sólo puede contratar con entidades que estén supervisadas por el Banco de España e inscritas en sus registros.
- Asimismo, podrá contratar con entidades cuya supervisión es competencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.
- Respecto de otras entidades, consulte antes de realizar la inversión si están adheridas al Fondo de Garantía de Depósitos o al Fondo de Garantía de Inversiones.
- Diversifique en todos los casos las inversiones, de forma que, en cada una, no haya una inversión superior a la garantizada.




Normativa

- Artículo 270 del Código Civil, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, accesible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0065>
- Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.
Accesible en:
<http://www.boe.es/boe/dias/2015/11/05/>

2.5 Proveedores

Como cualquier persona, el adulto protegido necesitará contratar con diversos proveedores para cubrir ciertos servicios.

En la medida que se trate de cuestiones ordinarias, como por ejemplo atención personal o pequeñas reparaciones domésticas, no es necesario solicitar autorización judicial, si bien el tutor habrá de extremar la precaución ya que aunque se delegue su ejecución, sigue conservando la responsabilidad en la elección y en la supervisión de su correcta ejecución.



Buena práctica

- Finalizada la obra o servicio, es imprescindible que el tutor contacte con el adulto protegido para comprobar su satisfacción con la obra o servicio prestado, haciéndolo constar así en sus seguimientos.
- Para el caso de ejecución de obras en un inmueble de su propiedad es conveniente respetar estos criterios:
 - Tratándose de obras de conservación o mejora, de cuantía inferior al importe de sus ingresos mensuales, podrán ser adjudicadas directamente.
 - En caso de obras de conservación de cuantía superior a sus ingresos mensuales, será necesario disponer de al menos dos presupuestos.

2.6 Informe anual

Presentar en el juzgado que controla la tutela, un informe anual sobre la situación del adulto protegido y rendir cuenta anual de su administración, son dos de las principales obligaciones del tutor.

Se trata de dos obligaciones ineludibles, cada una con su propia estructura y finalidad, que se cumplen simultáneamente mediante la presentación de un solo escrito, compuesto por dos documentos:

1. Un informe sobre la situación personal del tutelado.
2. Una rendición de cuentas sobre la administración de sus bienes.

2.6.1 El Informe Social

Su estructura ha de ser adaptada al caso concreto de conformidad con las áreas de competencia que hayan sido encomendadas al tutor. Si bien, con carácter básico y general, deberá contener información sobre las siguientes cuestiones:

- a. Lugar de residencia del adulto protegido.
- b. Tipo de residencia; si es un domicilio familiar, pensión, recurso público o privado.
- c. Estado de la vivienda, en su caso.
- d. Estado de salud, con expresa mención de los datos más significativos, ingresos psiquiátricos u otras intervenciones médicas y plan de tratamiento a seguir, en su caso.
- e. Ocio y tiempo libre, vacaciones, salidas del centro, en su caso.
- f. Otros apoyos que recibe: ayuda a domicilio, teleasistencia, recursos socio-sanitarios que estén siendo utilizados y el cumplimiento o no de sus objetivos.
- g. Hechos relevantes que se hayan producido durante el periodo rendido; por ejemplo, el fallecimiento de un familiar, un cambio de domicilio, la matriculación en un curso o cualesquiera otros de interés.
- h. Contactos que se hayan tenido con el adulto protegido y cómo son apreciados por éste; si los acepta, los demanda o los rechaza.
- i. Coordinaciones con los profesionales que participan en su proceso de atención.
- j. Resultado de los objetivos que fueron fijados en el anterior informe, en su caso y nuevos objetivos a conseguir.
- k. Fecha y firma.




Buena práctica

Si en el periodo rendido ha existido un ingreso psiquiátrico, una intervención quirúrgica u otro dato médico de importancia, deberá presentarse junto con el informe social, un informe médico que recoja información precisa sobre los motivos de ingreso o, en su caso, el tipo de intervención, efectos y plan de tratamiento.

2.6.2 El informe patrimonial

No exigiendo la normativa actual un formato contable determinado, el tutor puede elegir el que le convenga, siempre y cuando la información esté presentada de forma clara, comprensible y útil, constituyendo la imagen fiel del patrimonio del adulto protegido, su situación financiera y los resultados del periodo rendido. De esta forma:

1. Ha de ser presentada de forma clara, identificando en partidas separadas y detalladas, para cada uno de los productos bancarios de los que sea titular, el origen de cada uno de los ingresos y de los gastos.
2. Comprensible, ya que generalmente irá dirigida a personas que no tienen porqué tener conocimientos contables.
3. Y ha de ser útil, ya que es el instrumento que habrá de utilizarse para que tutor, adulto protegido y el juez que controla la tutela, puedan tomar las decisiones de carácter económico.



Buena práctica

Con la finalidad de evitar una falsa impresión de su situación financiera, se ha de ser especialmente cuidadoso en su redacción cuando durante el periodo rendido se ha procedido a la enajenación de bienes o derechos, como por ejemplo un bien inmueble o una cartera de valores.

En este caso, tras consignar expresamente el producto de la venta y la autorización judicial obtenida, se ha de entender, que su importe representa el valor actualizado de un elemento que ya estaba en el patrimonio del tutelado, por lo que dicha cuantía no debe figurar en el resultado del rendimiento líquido anual.

2.6.3 Estructura del informe anual

El informe anual se deberá presentar a modo de dossier formado por los siguientes documentos:

1. Una carátula, en la que se hará constar:
 - El juzgado al que se dirige, el número de referencia de la tutela; referencia completa de tutor y adulto protegido, fecha y firma.

- Periodo temporal que abarca el informe.
 - Mención expresa de los documentos que se aportan como anexo: el informe social, el informe patrimonial y cualesquiera otros que se acompañen.
2. El informe social e informe médico, en su caso, firmado por profesional competente para ello.
 3. El informe patrimonial.
 4. Otros documentos pertinentes, por ejemplo, un informe de auditoría o la hoja de conocimiento, conformidad o disconformidad del adulto protegido.



Buena práctica

- Sin perjuicio de que de todas las decisiones de carácter económico ha de hacerse partícipe al adulto protegido, redactado el informe anual se le ha de entregar una copia completa y explicárselo de forma comprensible y adaptada.
- Es una buena práctica entregar, junto con el informe anual, la prueba escrita de que le ha sido entregada copia al adulto protegido y de su conformidad o disconformidad con las cuentas.
- Sin perjuicio de las auditorías a las que por ley venga obligada la entidad tutelar, es buena práctica que las rendiciones anuales de cuentas sean auditadas por experto independiente, adjuntándose con la rendición el informe de auditoría.
- Los gastos derivados de la práctica de estas auditorías, nunca podrán ser cargados en la cuenta del adulto protegido, debiendo ser asumidos por el tutor.



Modelos

- Modelo 8. Informe anual.



Normativa

- Artículo 269 del Código Civil, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Artículo 51 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, accesible en:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391

Capítulo 3. Área de atención jurídica

3.1 La intervención del tutor en los procedimientos judiciales

La tutela es una medida de carácter jurídico, por lo que son numerosos los casos en los que el tutor deberá comparecer en el juzgado o presentar escritos relativos al ejercicio de la medida de protección.

Todas estas actuaciones están íntimamente ligadas al ejercicio del cargo y en consecuencia han de ser realizadas por el propio tutor o por profesional competente de su propio equipo, sin que pueda repercutirse gasto alguno sobre el patrimonio del adulto protegido.

Cuestión distinta son los procedimientos judiciales de los que aquél sea sujeto activo o pasivo. En estos casos es obligación del tutor proveer lo necesario para el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, contratando para ello los profesionales competentes o ejercitando o asistiéndole para el ejercicio de su derecho a la Justicia Gratuita.



Saber más

- Página web del Consejo General de la Abogacía Española
<http://www.abogacia.es/>
- Página web del Consejo de Procuradores de España
<http://www.cgpe.net/>
- Asistencia jurídica gratuita
<http://www.justiciagratis.es/publico/>

3.2 Autorizaciones judiciales

Pese a ser el tutor el administrador de los bienes del adulto protegido, existen determinados actos o contratos para los que es necesario solicitar autorización judicial previa o, una vez realizados, obtener su aprobación judicial posterior.

El tutor deberá comprobar con carácter previo a la realización del acto o contrato, si se encuentra incluido dentro de los supuestos exigidos legalmente.

Si dicho acto no se encuentra expresamente recogido, para analizar si debe solicitarse o no autorización judicial, pueden consultarse como criterios orientativos los siguientes:

Acto o contrato	Autorización judicial
Actos de conservación de bienes muebles o inmuebles, reparaciones o mantenimiento	No
Adquisición de bienes muebles o inmuebles	No
Gastos derivados de derramas ordinarias o extraordinarias de un edificio en régimen de propiedad horizontal	No
Otorgamiento de contrato de arrendamiento, rústico o urbano, de local o vivienda, de duración inferior a 6 años	No
Aceptación de donaciones	No
Cualesquiera actos de gestión derivados de un contrato de arrendamiento	No
Cancelación de préstamo por cumplimiento de las condiciones pactadas	No
Apertura y cancelación de cuenta corriente	No
Solicitud de expedición o cancelación de tarjeta de débito	No
Cancelación de tarjeta de crédito	No
Celebración o extinción de contratación de seguro	No
Alquiler de caja fuerte	No

Actos relacionados con la mascota del adulto protegido	No
Firma o extinción de contratos laborales	No
Solicitud y gestión de prestaciones o pensiones, públicas o privadas	No
Abono de impuestos tasas y contribuciones especiales, incluidas sanciones, recargos y cualesquiera gestiones al respecto	No
Abono de multas	No
Solicitud de adquisición o pérdida de la condición de socio en una asociación	No
Contratación, modificación y baja de suministros, incluidos contratos de telefonía y similares	No
Permuta de bienes inmuebles	Sí
Constitución de entidades con personalidad jurídica (asociación, fundación, cooperativa, sociedad civil o mercantil)	Sí
Constituir un arrendamiento con opción de compra, independientemente del plazo de duración	Sí
Constitución y extinción de derechos reales	Sí
Solicitud de expedición de tarjeta de crédito	Sí
Renuncia a prestaciones o pensiones, públicas o privadas	Sí
Cancelación anticipada de contrato de préstamo	Sí
Constitución de una fianza o aval	Sí
Constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal	Sí
Modificaciones hipotecarias	Sí
Realización de mejoras extraordinarias en los bienes	Sí



Precaución

Si bien el sistema de autorizaciones o aprobaciones judiciales está inicialmente previsto cuando la medida de protección sea una tutela, es posible que en la resolución judicial el juez extienda dicho sistema también a la curatela.

En estos casos, sin embargo, no queda modificada la naturaleza jurídica de la medida de protección; es decir, para la completa validez del acto será necesaria la previa autorización judicial —o, según los casos, la aprobación posterior— y la intervención y firma de curador y adulto protegido.



Saber más

La solicitud de autorización o aprobación judicial, exige la intervención de abogado y procurador siempre que el valor del acto para el que se solicita la iniciación del expediente exceda de 6.000 euros.

A nuestro juicio, para la valoración del expediente se atenderá exclusivamente al interés concreto que el adulto protegido tenga en éste, salvo para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a 6 años o para aceptar herencias sin beneficio de inventario.

Por ejemplo:

- Para la solicitud de autorización judicial para la enajenación de bienes inmuebles, no será necesaria la intervención de abogado y procurador cuando la valoración de la cuota, propiedad del adulto protegido, sea inferior a 6.000 euros.
- La solicitud para la aprobación judicial de la partición hereditaria, tampoco necesitará de la intervención de abogados y procurador cuando la cuantía del haber hereditario atribuido al adulto protegido, sea inferior a 6.000 euros.
- Sí es necesaria la intervención de abogado y procurador, para la solicitud de autorización judicial para la aceptación sin beneficio de inventario de una herencia, siempre que la cuantía del haber hereditario total sea superior a 6.000 euros.
- Sí es necesaria la intervención de abogado y procurador, para la solicitud de autorización judicial para el arrendamiento de bienes por tiempo superior a 6 años, siempre que el importe anual de la renta sea superior a 6.000 euros.



Buena práctica

En todas las autorizaciones judiciales, salvo que existan razones fundadas que lo impidan, es conveniente que el tutor proponga la comparecencia del adulto protegido ante el juez, con la finalidad de que él mismo pueda exponer las razones por las que acepta o rechaza la autorización solicitada.

Por lo demás, es conveniente tener presente algunas peculiaridades del régimen de ciertas autorizaciones.

3.2.1 Autorización para enajenar

Para la enajenación de un bien inmueble, el tutor deberá expresar:

- La identificación del bien.
- El motivo, razonando debidamente la necesidad, utilidad o conveniencia del acto.
- La finalidad de la suma que se obtenga.
- Además deberá tener en cuenta si será efectuada en venta directa o mediante subasta, ya que será imprescindible, en el primer caso, acompañar con la solicitud un informe pericial de valoración del bien.



Precaución

Para la venta de un bien inmueble, no es suficiente que el tutor disponga del título que acredite su propiedad. Es necesario, además, un certificado de dominio y cargas de la finca o, al menos, una nota simple registral, ya que la existencia de cualquier carga impedirá su enajenación o, al menos la postergará, ya que su levantamiento también requerirá autorización judicial.



Buena práctica

- Si el adulto protegido aduce razones sentimentales para no proceder a la venta de una vivienda y su situación financiera permite esperar, el tutor no debe tomar ninguna decisión al respecto o debe optar por un arrendamiento.
- La vivienda que constituye la residencia habitual del adulto protegido, es el centro de sus intereses, personales, económicos y sociales, trasunto de su derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en comunidad. No debe procederse en ningún caso a su venta, si no es para salvaguardar otros derechos o intereses, tanto o más importantes que aquéllos.

En la preceptiva autorización judicial para la enajenación de un bien inmueble, que sea o haya sido su residencia habitual, además de los requisitos generales exigidos, el tutor deberá hacer expresa mención de:

- Su condición presente o pasada de vivienda habitual.
- Si el adulto protegido está o no de acuerdo con su enajenación.
- Las razones que impidan a éste residir en ella.
- La inexistencia de otros bienes con los que hacer frente a los gastos que hagan necesaria su venta.

3.2.2 Autorización para la realización de gastos extraordinarios

Tratándose de un concepto indeterminado, la prudencia debe guiar una vez más la actuación del tutor.

De forma genérica podemos considerar que, son gastos ordinarios aquellos exigidos por deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación y por lo tanto, su realización y abono no necesitan de autorización judicial. Son gastos extraordinarios todos los demás.

3.2.3 Autorización para renunciar o transigir

Es posible, que encontrándose el tutor en el ejercicio de sus funciones, interviniendo en un procedimiento judicial, sea lo más adecuado a los intereses del adulto protegido llegar a un acuerdo entre las partes procesales, desistir de la pretensión ejercida o allanarse a lo pretendido por el demandante.

En todos estos casos, pese a que dicho acto procesal será objeto de resolución judicial en el mismo procedimiento en el que se manifiesta, es siempre necesaria la autorización judicial por el juez que controla la tutela, único juez competente para ello.

3.2.4 Autorización para aceptar herencias o para su aprobación posterior

En el ámbito de la sucesión por causa de muerte, se puede distinguir entre la aceptación de la herencia y la partición hereditaria. Se trata de dos actos íntimamente ligados entre sí y que en la práctica se manifiestan de forma conjunta, en un solo acto, pero que sin embargo y en presencia de una medida de protección, tutela, curatela o defensa judicial, nuestro Derecho establece ciertas particularidades, al requerir o no, según los casos, previa autorización o aprobación judicial posterior.

Los casos que generalmente pueden darse son los siguientes:

- El tutor:
 - No necesita autorización judicial para aceptar la herencia a beneficio de inventario.
 - Sí necesita de autorización judicial para aceptar, pura y simplemente, la herencia.
 - No necesita de autorización judicial para realizar la partición de la herencia.
 - Sí necesita la aprobación judicial de la partición hereditaria ya realizada.
- El defensor judicial sí necesita la aprobación judicial de la partición hereditaria ya realizada.
- El adulto protegido sometido a curatela puede aceptar la herencia, con o sin beneficio de inventario y realizar la partición, con la debida asistencia del curador.



Buena práctica

Si se pretende aceptar una herencia sin beneficio de inventario, se ha de tener en cuenta que ésta se someterá a un doble control judicial, la autorización previa y la aprobación posterior.

En tales casos, es buena práctica, que junto con la solicitud de autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, se acompañe un borrador, lo más completo posible, tanto de los bienes y derechos, cargas y deudas que comprenda la sucesión, como de la forma concreta en que se practicará la partición hereditaria.



Formularios

- Formulario 1
Autorización judicial para la enajenación de bien inmueble
- Formulario 2
Autorización judicial para la enajenación de valores mobiliarios
- Formulario 3
Autorización judicial para gravar un bien inmueble
- Formulario 4
Autorización judicial para renunciar derechos
- Formulario 5
Autorización judicial para transigir
- Formulario 6
Autorización judicial para someterse a arbitraje
- Formulario 7
Autorización judicial para aceptar herencia, sin beneficio de inventario
- Formulario 8
Autorización judicial para la aprobación de partición hereditaria
- Formulario 9
Autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos
- Formulario 10
Autorización judicial para tomar dinero a préstamo
- Anexo 11
Autorización judicial para dar dinero a préstamo
- Anexo 12
Autorización judicial para arrendar bienes por tiempo superior a 6 años
- Formulario 13
Autorización judicial para presentar demanda
- Formulario 14
Autorización judicial para realizar gastos extraordinarios
- Formulario 15
Solicitud de aprobación judicial de la división de la cosa común
- Formulario 16
Autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico
- Formulario 17
Autorización judicial para comparecer en juicio
- Formulario 18
Reintegración de la capacidad a solicitud del interesado
- Formulario 19
Solicitud de excusa en el ejercicio del cargo de tutor o curador



Precaución

Si la medida de protección la ejerce un tutor familiar, es frecuente que en una sucesión hereditaria exista conflicto de intereses entre éste y el adulto protegido, lo que normalmente ocurrirá por el mero hecho de concurrir ambos a la misma sucesión, como por ejemplo tratándose de hermanos.

En estos casos es necesario, que con carácter previo, se solicite ante el juez el nombramiento de un defensor judicial.



Normativa

- Autorizaciones judiciales: artículos 271 y 272 del Código Civil.
- Nombramiento de defensor judicial: artículo 299 del mismo texto.
- Aceptación de la herencia: artículos 988 y siguientes, del mismo texto.
- Aceptación a beneficio de inventario: artículos 1010 y siguientes, del mismo texto.

Todo ello accesible en:

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

- En relación con el nombramiento de un defensor judicial: artículos 27 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
- En relación con las autorizaciones judiciales: artículos 61 y siguientes del mismo texto.

Todo ello accesible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391



Saber más

El llamamiento a la herencia del adulto protegido. La intervención del tutor en las operaciones particionales, Núñez Núñez, M., Profesora Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos, que puede consultarse al final del presente Código.

3.3 La retribución del tutor

El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del adulto protegido lo permita. Por ello es conveniente ejercerlo una vez sea aprobada la primera rendición anual de cuentas.

El contenido y ejercicio de este derecho no se encuentra adecuadamente resuelto en nuestro ordenamiento, en el que incluso existen disposiciones contradictorias, por lo que sin duda será un tema a revisar en ediciones sucesivas de este Código.



Buena práctica

El ejercicio de una medida de protección implica siempre tener a disposición, o gestionar, en interés del adulto protegido, un conjunto de medios personales o profesionales, necesarios para el desenvolvimiento de la medida. Cuando el tutor ejerza su derecho a solicitar retribución, es necesario describir aquellos medios y concretar, además, el trabajo realizado en el periodo por el que se solicita la retribución.



Normativa

- Artículo 274 del Código Civil, accesible en:
<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- Artículo 48 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, accesible en:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391

Título IV

**Extinción de la medida
de protección**

EXTINCIÓN DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN

La tutela y la curatela se extinguen por el fallecimiento o recapacitación del adulto protegido.

Extinguida la medida de protección, el tutor pierde la condición de administrador legal de su patrimonio y, en consecuencia, deja de estar legitimado para realizar cualquier actuación en su representación. En cuanto al curador, ante cualquiera de esas circunstancias cesa el ejercicio de la medida.

Ello no obstante, las especiales circunstancias que concurren en el desempeño de una medida de protección, provocan que el tutor y, en menor medida, el curador, deban seguir cumpliendo con ciertas obligaciones derivadas del cargo, especialmente en aquellos casos en los que la extinción se deba al fallecimiento del adulto protegido:

- a. Notificación del óbito a la familia, amigos, profesionales involucrados en su proceso de atención, así como a otras personas, físicas o jurídicas, que tengan un interés legítimo o digno de atención.
- b. También se ha de notificar el fallecimiento a las entidades gestoras o pagadoras de la prestación o prestaciones que percibía y a todas aquellas entidades bancarias en las que la persona tuviera fondos, solicitando además un certificado del saldo de todos los productos a dicha fecha.
- c. Actos en relación con el levantamiento del cadáver, funeral y entierro.

Las autoridades sanitarias, administrativas, policiales, el familiar o la persona que descubra el cadáver seguramente se pondrán en contacto con el tutor, con la finalidad de que éste realice las siguientes gestiones:

- Colaborar en la identificación y levantamiento del cadáver.
 - Comprobar la existencia o no de instrucciones previas sobre el destino del cuerpo u órganos.
 - Comprobar la existencia de un seguro de decesos y realizar todas las gestiones necesarias para que se cumplan los requisitos administrativos y sanitarios correspondientes, subsiguientes al deceso.
- d. Solicitar un certificado de defunción y del Registro de Actos de Última Voluntad.
 - e. Notificar al juzgado que controla la tutela su fallecimiento.
 - f. En un plazo de tres meses, prorrogables, tanto el tutor, como el curador, deberán presentar cuenta general justificada de su administración.



Buena práctica

- Es necesario tener en cuenta un caso singular en el caso de que el fallecido haya ocupado, como arrendatario, un inmueble en virtud de un contrato firmado por el tutor, en su representación:

Es buena práctica que el tutor notifique fehacientemente al propietario el fallecimiento, poniendo su disposición las llaves de la finca. Hechas estas gestiones, se notificará también a los posibles herederos del fallecido, que serán quienes habrán de encargarse de la retirada de enseres y objetos personales y solicitar, en su caso, la devolución de la fianza.

- Si el tutor tiene en su poder documentos u objetos que pertenecían al adulto protegido, sólo deben entregarse a su heredero o al juzgado que controlaba la tutela.



Precaución

Tratándose de prestaciones de servicios en favor del adulto protegido, puede que el tutor hubiera ordenado en vida de aquél, pagos periódicos. Para evitar que se siga abonando un servicio que ya no se recibe, es necesario comprobar que el banco suspenda todas las órdenes pendientes.



Buena práctica

El tutor no está obligado a sufragar los gastos de entierro, pero sí debe facilitar a la familia y a las autoridades administrativas y sanitarias todas las gestiones necesarias para llevarlo a cabo sin demora alguna.

Si no existe seguro de decesos, el tutor debe ponerse en contacto con los servicios funerarios del Ayuntamiento de la localidad del fallecimiento; y si existe deberá contactar con la compañía de seguros correspondiente.

Si existe seguro de fallecimiento, habiendo familia, delegue en ellos todas las decisiones relativas al entierro y funeral.

Si no existe seguro de fallecimiento, si la familia no existe o no quiere asumir los gastos de entierro, debe facilitar a los servicios funerarios públicos, el número de cuenta del fallecido para que carguen en ella los gastos de entierro que puedan ser considerados, desde un punto de vista estadístico, como “moda”, de los que usualmente se vienen practicando en la localidad, sin contratar ningún servicio extra.

En todos los casos el tutor deberá procurar que se respeten los ritos propios de la confesión religiosa que ha profesado o ninguno, si así le consta que fue su voluntad.



Normativa

- Artículo 11 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, accesible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

- Artículo 9 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, accesible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-15715



Normativa

- Artículo 1894 del Código Civil, accesible en:

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>



Formularios

- Formulario 20.
Cuenta general justificada de la administración



Buena práctica

Salvo que sea necesario por alguna razón singular, el tutor no debe notificar al juzgado el fallecimiento de la persona hasta que tenga en su poder el certificado de defunción y del Registro de Actos de Última Voluntad, ya que debe acompañarlos junto al escrito de notificación.

Si en el certificado de últimas voluntades consta que no otorgó testamento, en el mismo escrito el tutor debe notificar, si lo sabe, los datos de identidad y domicilio de los descendientes, ascendientes, cónyuge, hermanos y resto de colaterales hasta el cuarto grado, por este orden.

Si en el certificado de últimas voluntades consta que otorgó testamento, notifique al juzgado que desconoce quiénes son sus herederos.

Referencias

- Costa Cabanillas, M., López Mendez, E., *La intervención comunitaria en el ámbito de la salud*, Fundación General UNED, Master en terapia de Conducta, 2014.
- Dozza, L. M., *Acompañamiento Terapéutico y Clínica de lo Cotidiano*, Buenos Aires, Letra Viva, 2014.
- Fernández Liria, A., Rodríguez Vega, B., *Habilidades de entrevista para psicoterapeutas*, Editorial Descleé de Brouwer, S.A. (2002).
- Fombuena Valero, J. (coord.), *El trabajo social y sus instrumentos*, Editorial Nau Llibres, Valencia 2012.
- Heras Hernández, M. M., *La protección del ejercicio de los derechos fundamentales de las persona con capacidad modificada judicialmente*, 2015.
- Manuel pour mandataires privés. Guide pratique, Editado por la COPMA (Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes), versión julio 2014.
- Messía de la Cerda Ballesteros, J. A., *El tratamiento de datos personales por las entidades tutelares: obligaciones legales y buenas prácticas*, 2015.
- Moison-Chataigner, S., Lefeuvre K. (dir.), *Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles?*, Presses de l'école des hautes études en santé publique, 2015.
- Musitu Ochoa G., Herrero Olaizola J., Cantera Espinosa L. & Montenegro Martínez M. *Introducción a la Psicología Comunitaria*. Ed. UCO. 2004. Barcelona. España
- Núñez Núñez, M., *El llamamiento a la herencia del adulto protegido. La intervención del tutor en las operaciones particionales*, 2015.
- Pereña Vicente, M., *La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección*, 2015
- Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Agence de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (Anesm), 2012.
- Ruiz Fernández, M.A., Villalobos Crespo, A., *Habilidades terapéuticas*, Fundación General UNED, Master en terapia de Conducta, 2008.
- Sánchez-Calero Arribas, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2006.
- Vallejo Pareja. M.A., Comeche Moreno, M.I., García Fernández Abascal, E., *Análisis conductual*, Fundación General UNED, Master en terapia de Conducta, 2008.

Anexo 1

Modelos

Modelo 1

Lista de tareas

ÁREA	TAREA	REALIZADA	SEGUIMIENTO
Económica Administrativa	Apertura de expediente	<input type="checkbox"/>	
	Presentar en la entidad gestora de las prestaciones económicas, testimonio de la sentencia	<input type="checkbox"/>	
	Presentar en la/s entidades de crédito el testimonio de la sentencia	<input type="checkbox"/>	
	Apertura de c/c de explotación	<input type="checkbox"/>	
	Apertura de c/c para gastos personales	<input type="checkbox"/>	
	Cancelación cuenta corriente	<input type="checkbox"/>	
	Cambiar domiciliación prestaciones	<input type="checkbox"/>	
	Cambiar domiciliación recibos	<input type="checkbox"/>	
	Actualizar datos, solicitar doc. personales	<input type="checkbox"/>	
	Elaboración presupuesto	<input type="checkbox"/>	
	Comunicar medida a terceros	<input type="checkbox"/>	
Jurídica	Solicitud documentos inventario	<input type="checkbox"/>	
	Presentación inventario	<input type="checkbox"/>	
Social	Designación de prof. de referencia	<input type="checkbox"/>	
	Visita vivienda	<input type="checkbox"/>	
	Entrevista con la familia	<input type="checkbox"/>	
	Coordinación con profesionales	<input type="checkbox"/>	
Equipo	Primera entrevista	<input type="checkbox"/>	
Equipo	Elaboración Plan de Intervención	<input type="checkbox"/>	
Equipo	Informe anual	<input type="checkbox"/>	

Modelo 2

Cronograma de las tareas a realizar

TAREA	DÍAS	SEMANAS	MESES	AÑOS
Apertura de expediente	x			
Presentar en la entidad gestora de prestaciones económicas, testimonio de la sentencia.		x		
Presentar en la/s entidades de crédito el testimonio de la sentencia.	x			
Apertura de c/c de explotación.	x			
Apertura de c/c para gastos personales	x			
Cancelación cuenta corriente.		x		
Cambiar domiciliación prestaciones.		x		
Cambiar domiciliación recibos		x		
Actualizar datos y solicitar documentos personales	x			
Elaboración presupuesto			x	
Comunicar medida a terceros.		x		
Solicitud documentos inventario		x		
Presentación inventario			x	
Designación profesional de referencia			x	
Visita vivienda			x	
Entrevista con la familia		x		
Coordinación con profesionales		x		
Elaboración de Plan de intervención			x	
Primera entrevista		x		
Informe anual				x

Modelo 3

Hoja de acogida

HOJA INFORMATIVA ENTREGADA A

D./D^a...

MEDIDA DE PROTECCIÓN

Naturaleza de la medida de protección acordada:

- Tutela.
- Curatela.
- Administración provisional.
- Tutela provisional.
- Otra.

Fecha de la resolución:

Juzgado que ha dictado la resolución:

Datos del Juzgado:

Fecha de aceptación del cargo:

Mes del año del informe anual:

DATOS DE LA ENTIDAD Y SU EQUIPO PROFESIONAL

Entidad:

Dirección:

Horario:

Teléfono:

Fax:

Teléfono de guardia:

Correo electrónico:

Equipo profesional.

PARA CUMPLIR CON LA MEDIDA DE PROTECCIÓN, LE ROGAMOS NOS FACILITE COPIA DE LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS

- * N.I.F.
- * Tarjeta sanitaria.
- * Tarjeta de discapacidad.
- * Grado de dependencia.
- * Declaración de la renta y/o copia de otros impuestos.
- * Documento acreditativo de la prestación/pensión/salario que usted percibe.
- * Seguro de hogar.
- * Otros seguros.
- * Contrato de arrendamiento.
- * Recibos/contratos bancarios.
- * Otros documentos solicitados:

...

Entregado en fecha....., por ...

Modelo 4

Coordinaciones

FECHA	
ÁREA	<input type="checkbox"/> Social <input type="checkbox"/> Económica <input type="checkbox"/> Jurídica
TIPO DE REUNIÓN	<input type="checkbox"/> Ordinaria <input type="checkbox"/> Extraordinaria <input type="checkbox"/> Primera entrevista <input type="checkbox"/> Servicio de guardia
PARTICIPANTES	<input type="checkbox"/> Tutelado/Curatelado <input type="checkbox"/> Profesionales <input type="checkbox"/> Familia <input type="checkbox"/> Grupo de trabajo <input type="checkbox"/> Otros
OTROS PARTICIPANTES	
OBJETO	
CONCLUSIONES	

Modelo 5

Seguimientos

PROFESIONAL QUE ATIENDE	
TIPO DE INTERVENCIÓN	<ul style="list-style-type: none"><input type="checkbox"/> Teléfono<input type="checkbox"/> Domicilio<input type="checkbox"/> Acompañamientos servicio de salud mental<input type="checkbox"/> Acompañamientos médicos<input type="checkbox"/> Acompañamientos gestiones<input type="checkbox"/> Atención en el departamento<input type="checkbox"/> Residencia o recurso<input type="checkbox"/> Ingreso hospitalario<input type="checkbox"/> Visita hospitalización<input type="checkbox"/> Primera entrevista<input type="checkbox"/> Acompañamientos juzgado<input type="checkbox"/> Intervención en el entorno<input type="checkbox"/> Servicio de guardia<input type="checkbox"/> Voluntariado<input type="checkbox"/> Alta hospital/recurso
FECHA/HORA	
COMENTARIOS	

Modelo 6

Inventario de bienes

Procedimiento nº .../...

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI nº ..., y domicilio en ..., teléfono nº ..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 262 del Código Civil vengo a formular **INVENTARIO DE BIENES.**

ACTIVO

1.- Sueldos y Pensiones:

Tipo	Importe	Nº de Pagas /año

2.- Otros ingresos:

Tipo	Importe	Nº de Pagas /año

3.- Libretas de ahorro/cuentas corrientes:

Entidad Financiera	Tipo de Producto	Identificación	Saldo a fecha de aceptación

4.- Efectos Públicos:

Entidad Financiera	Tipo de Producto	Identificación	Valoración a fecha de aceptación

5.- Inmuebles:

Titularidad	Tipo	Localización	Nº Registro	Inscripción	Utilización

6.- Arrendamientos:

Titularidad	Tipo	Localización	Fecha contrato	Importe renta

7.- Otros bienes de extraordinario valor:

8.- Derechos y Acciones:

Modelo 6 (continuación)

Inventario de bienes

PASIVO

1.- Préstamo Hipotecario:

Entidad Financiera	Localización del inmueble	Capital inicial solicitado	Capital pendiente de amortizar	Importe mensual

2.- Préstamo personal:

Entidad/Persona	Capital inicial	Capital pendiente	Importe Mensual

3.- Otras deudas

Se adjuntan al presente todos los documentos que acreditan lo manifestado.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito con sus copias y el documento que se acompaña tenga por cumplida la formalización de inventario.

Fecha y firma

Modelo 7

Inventario de bienes muebles

Nombre del adulto protegido:

Dirección:

- Residencia principal
 Segunda residencia

Fecha:

SALA DE ESTAR (COMEDOR)		ESTADO DEL MOBILIARIO
		<input type="checkbox"/> Nuevo <input type="checkbox"/> Bien <input type="checkbox"/> Mal <input type="checkbox"/> Muy mal
COCINA		
HABITACIÓN 1		
HABITACIÓN 2		
OTROS		
CUARTO DE BAÑO		
OBJETOS DE EXTRAORDINARIO VALOR		
JOYAS	PLATA	COLECCIONES
ALFOMBRAS	OBJETOS DE ARTE	OTROS

Se adjuntan fotos realizadas de la vivienda

Inventario realizado en fecha..., por D./D^a ... en presencia de D./D^a ...
 y de D./D^a...

Fdo.:

Fdo.:

Fdo.:

Fdo.:

Modelo 8

Informe anual

Procedimiento nº .../...

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/D^a..., mayor de edad, con DNI nº..., y domicilio en ..., nº de teléfono..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que en calidad de...de **D/D^a**...y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 269.4 del Código Civil vengo a informar al Juzgado sobre su situación y rendir cuentas anuales sobre la administración de su patrimonio.

SITUACIÓN PERSONAL

...

SITUACIÓN PATRIMONIAL

INMUEBLES

Titularidad	Tipo	Localización	Nº Registro	Inscripción	Utilización

SUELDOS Y PENSIONES

Tipo	Importe	Nº Pagas /año

PRODUCTOS BANCARIOS

Entidad Financiera	Tipo Producto	Identificación	Saldo (a fecha inventario o informe anterior)	Saldo actual	Diferencia de saldo

Modelo 8 (continuación)

Informe anual

JUSTIFICACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS		
Pensiones/salarios		
Arrendamiento		
Financieros		
Otros (poner concepto)		
TOTAL INGRESOS		
Gastos personales		
Gastos bancarios		
Comunidad		
Suministros		
Seguros		
Tributos		
Préstamos		
Otros gastos		
TOTAL GASTOS		
CUENTA DE INGRESOS Y GASTOS		
Producto bancario 1		
Producto bancario 2		
TOTAL INGRESOS		
Producto bancario 1		
Producto bancario 2		
TOTAL GASTOS		
DIFERENCIA INGRESOS-GASTOS		

Se acompañan con la presente: justificantes y extractos de todos los productos bancarios y facturas de gastos.

SUPLICO AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito con sus copias y los documentos y justificantes que se acompañan y por cumplida mi obligación en cuanto a la información anual de situación personal y rendición de cuentas.

Es Justicia que pido en...a...de...de...

Anexo 2

Formularios

Formulario 1

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENAJENACIÓN DE BIEN INMUEBLE

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° ...DE ...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI n°..., y domicilio en..., teléfono n° ..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de D/Dª...solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA PROCEDER A LA ENAJENACION DE BIEN INMUEBLE**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha... de ...de ..., en el procedimiento número ... /..., fui nombrado...de D/Dª...

SEGUNDO.- D/Dª...es propietario del siguiente bien inmueble:

TERCERO.- La razón que justifica la venta es la siguiente:

CUARTO.- La finalidad a que se destinará el importe de la venta:

QUINTO.- Se solicita autorización para proceder a la venta directa, sin necesidad de subasta, razón por la que acompaño informe pericial de valoración de precio de mercado.

SEXTO.- Se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Certificado de dominio y cargas del inmueble.
- Dictamen Pericial de valoración de precio de mercado.
- Otros...

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, junto a las copias y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en consideración a las manifestaciones en él contenidas, se conceda autorización para proceder a la venta directa y sin necesidad de subasta, de la finca señalada en este escrito, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 2

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENAJENACIÓN DE VALORES MOBILIARIOS

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/Dª....., mayor de edad, con DNI nº....,con domicilio....teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO;

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de D/Dª....solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENAJENACIÓN DE VALORES MOBILIARIOS**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de... de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado... **de D/Dª**...

SEGUNDO.- Descripción de los títulos: número, denominación y valor nominal:

TERCERO.- La razón que justifica la venta es la siguiente:

CUARTO.- Destino del importe de la venta:

QUINTO.- En prueba de todo ello se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Certificado bancario o de Agencia Negociadora o del Tesoro Público o cualquier otro que acredite la titularidad.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, junto a las copias y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en consideración a las manifestaciones en él contenidas, se conceda autorización para proceder a la venta de los valores señalados, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma.

Formulario 3

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA GRAVAR BIEN INMUEBLE

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº... DE...

D/D^a..., mayor de edad, con DNI nº... con domicilio en..., teléfono nº..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/D^a**..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA GRAVAR BIENES INMUEBLES**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/D^a**...

SEGUNDO.- Con este escrito se solicita autorización judicial para solicitar el siguiente préstamo hipotecario:

TERCERO.- La razón que justifica la necesidad el gravamen o hipoteca:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Último informe anual presentado o, en su caso del inventario, si aún no se hubiera presentado rendición.
- Oferta vinculante de la entidad bancaria.
- Certificado de dominio y cargas de la finca, expedido por el Registro de la Propiedad.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se proceda a conceder autorización judicial para gravar el bien inmueble señalado, y en las condiciones detalladas en este escrito, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 4

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA RENUNCIAR DERECHOS

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/D^a..., mayor de edad, con DNI n...., con domicilio...teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/D^a**. ..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA RENUNCIAR DERECHOS**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de...dictada en el procedimiento nº.../...,fui nombrado...de **D/D....**

SEGUNDO.- Se solicita autorización para renunciar el siguiente derecho.

TERCERO.- La razón que justifica la renuncia es:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Cualquier otro documento que acredite el motivo de la renuncia.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda autorización para renunciar al derecho señalado en este escrito, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 5

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA TRANSIGIR

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/D^a. ..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio...teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/D^a.** ..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA TRANSIGIR**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de...dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/D^a...**

SEGUNDO.- Se solicita autorización para realizar la siguiente transacción:

TERCERO.- La razón que justifica la transacción:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Documento en el que se hayan establecido las bases de la transacción.

Por todo lo expuesto y en virtud de lo establecido en el artículo 271-3º del Código Civil,

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda autorización para realizar la transacción solicitada, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Justicia que pido en...a ...de...de ...

Fecha y firma

Formulario 6

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA SOMETERSE A ARBITRAJE

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/Dª. ..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio...teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª.** ..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA SOMETERSE A ARBITRAJE**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de...dictada en el procedimiento nº.../...,fui nombrado...de **D/Dª**...

SEGUNDO.- Se solicita autorización para someter a arbitraje la siguiente cuestión:

TERCERO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Copia del Convenio Arbitral

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda la autorización solicitada, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 7

AUTORIZACIÓN JUDICIAL ACEPTACIÓN HERENCIA SIN BENEFICIO DE INVENTARIO

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE ...

D/D^a..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio en..., teléfono nº..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/D^a**..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA PROCEDER A LA ACEPTACIÓN DE HERENCIA SIN BENEFICIO DE INVENTARIO**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha ...de.. de ..., en el procedimiento nº .../...,fui nombrado....de **D/D^a**...

SEGUNDO.- Con esta solicitud se solicita autorización para aceptar sin beneficio de inventario la herencia de:

D/D^a...,fallecido en ...en fecha ...de...de...habiendo otorgado TESTAMENTO ante el Notario de...D/D^a...en fecha...de...de...,con el número ...de su protocolo.

O bien:

D/D^a..., fallecido en...en fecha...de...de..., SIN HABER OTORGADO TESTAMENTO por lo que fueron declarados herederos abintestato:

- D./D^a...
- D./D^a...
- D./D^a...

TERCERO.- Los bienes y deudas de la herencia son los siguientes:

CUARTO.- Se acompañan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Copia del testamento/declaración de herederos.
- Certificado de defunción y del Registro de actos de última voluntad.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, se sirva admitirlo y en consideración a las manifestaciones en él contenidas, se conceda autorización para **ACEPTACIÓN DE HERENCIA SIN BENEFICIO DE INVENTARIO**, como consecuencia del fallecimiento de D/D^a..., entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 8

SOLICITUD DE APROBACION DE PARTICIÓN HEREDITARIA

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE...

D/Dª., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio...,teléfono nº... ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª**..., solicito **APROBACIÓN DE PARTICIÓN HEREDITARIA**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/Dª**...

SEGUNDO.- En fecha...de... de... se otorgó escritura de aceptación a beneficio de inventario y partición de la herencia por el fallecimiento de D/ Dª..., ante el Notario de...D/Dª...con el número...de su protocolo, razón por la cual se solicita su aprobación.

TERCERO.- En prueba ello se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Copia simple de la escritura pública de aceptación y partición hereditaria.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se proceda a la **APROBACIÓN DE LA PARTICIÓN HEREDITARIA** efectuada, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma.

Formulario 9

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº... DE...

D/Dª. ..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio... teléfono nº... ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª**..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de D/Dª...

SEGUNDO.- Se solicita autorización para donar el siguiente bien o derecho:

TERCERO.- La persona a la quien se pretende donar es:

Nombre, apellidos y DNI.

Dirección completa:

CUARTO.- La razón que justifica la donación es:

QUINTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Copia del inventario presentado.
- Copia del último informe anual presentado.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda autorización para disponer a título gratuito de los bienes o derechos señalados en este escrito, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 10

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA TOMAR DINERO A PRÉSTAMO

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº...DE....

D/Dª. ..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio, ...teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de, **D/Dª**..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA TOMAR DINERO A PRÉSTAMO**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/Dª**..., cargo que una vez aceptado aún sigo desempeñando.

SEGUNDO.- Las condiciones del préstamo para el que se solicita la presente autorización, son las siguientes:

Prestamista:	
Cantidad total solicitada:	
Plazo de devolución:	
Tipo de interés:	
Cuota/mes	

TERCERO.- La razón que justifica la necesidad del préstamo es la siguiente:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Último informe anual presentado.
- Contrato de préstamo u oferta vinculante, en la que se recojan las condiciones del préstamo.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se proceda a conceder autorización para tomar dinero a préstamo, en las condiciones detalladas en la presente solicitud, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 11

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DAR DINERO A PRÉSTAMO

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº... DE...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio..., teléfono nº...ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª**... solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DAR DINERO A PRÉSTAMO**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de...de...de..., dictado en el procedimiento nº.../..., fui nombrado... de **D/Dª**...

SEGUNDO.- Características y condiciones del préstamo:

Persona a la que se presta:	
Cantidad total prestada:	
Plazo de devolución:	
Tipo de interés:	
Cuota/mes a devolver:	

TERCERO.- La razón que justifica el préstamo es:

CUARTO.- Medios de que dispone la persona para hacer efectivo el préstamo.

QUINTO.- Se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Último informe anual presentado o, en su caso, inventario.
- Modelo del Contrato de préstamo.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda autorización para dar dinero a préstamo con cargo al patrimonio de **D/Dª**...entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 12

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ARRENDAR BIENES POR TIEMPO SUPERIOR A SEIS AÑOS

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N°... DE...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI n°..., con domicilio..., teléfono n°... ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª**, ..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ARRENDAR BIENES POR TIEMPO SUPERIOR A SEIS AÑOS**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de...de...de..., dictada en el procedimiento n°.../..., fui nombradode **D/Dª** ...

SEGUNDO.- Se solicita autorización para arrendar el siguiente bien inmueble:

Titularidad:	
Tipo:	
Localización:	
Importe renta mensual:	
Plazo arrendamiento:	

TERCERO.- La persona a quien se arrienda es:

CUARTO.- La razón que justifica el plazo del alquiler es:

QUINTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Nota Simple del Registro de la Propiedad.
- Contrato de arrendamiento cuya firma se pretende.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se conceda autorización para arrendar por tiempo superior a seis años, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 13

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA PRESENTAR DEMANDA

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ...DE ...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio en..., teléfono nº..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/Dª**...solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA PRESENTAR DEMANDA**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/Dª**..

SEGUNDO.- Datos de la persona a quien se pretende demandar y motivo de la demanda:

TERCERO.- En prueba de cuanto se afirma, se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Documentos con los que se pretenda fundamentar la demanda.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en consideración a las manifestaciones en él contenidas, se conceda la autorización solicitada, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 14

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA REALIZAR GASTOS EXTRAORDINARIOS

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N°... DE...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI ..., y domicilio en...,teléfono n°..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/ Dª**..., solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA REALIZAR GASTOS EXTRAORDINARIOS**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., en el procedimiento número. .../..., fui nombrado...de **D/Dª**...

SEGUNDO.- Descripción e importe del gasto:

TERCERO.-Necesidad o conveniencia del gasto:

CUARTO.- Medios económicos de que dispone la persona para afrontar el gasto:

QUINTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Presupuesto del gasto.
- Copia del último informe anual presentado o del inventario.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en su atención se conceda la autorización solicitada por importe de..., entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma.

Formulario 15

SOLICITUD DE APROBACIÓN JUDICIAL DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ...DE ...

D/D^a..., mayor de edad, con DNI nº..., con domicilio...teléfono nº... ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito y por interesar al derecho de **D/D^a...**, solicito **APROBACIÓN DE LA DIVISIÓN DE COSA COMÚN**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., dictada en el procedimiento nº.../..., fui nombrado...de **D/D^a...**

SEGUNDO.- D/D^a ...era copropietario de la/s siguiente/s finca/s:

Cotitulares:	
Tipo:	
Dirección:	
Nº Registro:	
Inscripción:	

TERCERO.- Con fecha...de...de..., se otorgó escritura de cesación de la comunidad ante el Notario de...D. /Dña...., con el número...de su protocolo.

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Copia simple de la escritura pública de cesación de proindiviso otorgada.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se proceda a la **APROBACIÓN DE LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN**, entregándome testimonio de la resolución que se dicte.

Fecha y firma

Formulario 16

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº... DE...

D/Dª....., mayor de edad, con DNI nº...., con domicilio en ...y teléfono nº, ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que por medio del presente escrito, promuevo **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de fecha...de...de..., en el procedimiento número.../..., fui designado...de D/Dª ...

SEGUNDO.- Se solicita autorización para el ingreso de D/Dª...el siguiente centro:

Razón social	
Domicilio:	
Carácter:	<input type="checkbox"/> Público <input type="checkbox"/> Privado <input type="checkbox"/> Concertado <input type="checkbox"/> De salud mental <input type="checkbox"/> De educación <input type="checkbox"/> De formación especial <input type="checkbox"/> De carácter asistencial
Importe mensual:	

TERCERO.- Las razones que aconsejan dicho ingreso son las siguientes:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- Informe médico actualizado.
- Documento de reserva de plaza en la residencia o centro propuesto.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito con sus copias y los documentos que se acompañan se acuerde lo solicitado, entregándome testimonio de la resolución que se dicte

Fecha y firma

Formulario 17

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA COMPARECER EN JUICIO

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº ... DE ...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI nº ..., y domicilio en ...teléfono nº..., ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que mediante el presente escrito solicito **AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA COMPARECER EN JUICIO** en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Mediante resolución de fecha...de...de...dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº...en el procedimiento nº.../...se declaró la modificación de mi capacidad, habiendo sido nombrado tutor/curador...

SEGUNDO.- Con la presente solicitud pretendo comparecer en juicio actuando en el proceso, por mí mismo, al objeto de:

TERCERO.- Se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de modificación de la capacidad, así como, en su caso, la resolución de nombramiento del cargo.

SUPlico AL JUZGADO, que presentado este escrito, con las copias y los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y en su atención, me sea conceda autorización para comparecer en juicio actuando en el proceso por mí mismo al objeto de solicitar la reintegración de mi capacidad.

Fecha y firma

Formulario 18

REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD SOLICITADA POR EL INTERESADO

A LA FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE...

D./D^a... mayor de edad, con domicilio en ..., en..., teléfono nº ..., provisto de DNI nº..., ante la Fiscalía comparezco y DIGO:

Que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 761 de la LEC, me dirijo a V.I., por estimar, salvo mejor criterio, que se debería iniciar **PROCESO SOBRE REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD**.

Datos acerca de mi situación:

Mediante resolución de fecha...de...de..., dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº...en el procedimiento nº.../..., se declaró la modificación de mi capacidad.

Y mediante resolución de fecha...de...de..., del Juzgado de 1^a Instancia nº..., en el procedimiento nº.../...se designó para el cargo dea D/D^a..., con domicilio en ..., y teléfono nº ...

Datos Médicos:

Datos familiares:

Las circunstancias sobrevenidas son las siguientes:

Se adjunta original y 5 copias de los siguientes documentos:

- Certificado literal de nacimiento.
- Copia del DNI
- Certificado de empadronamiento.
- Informe médico actualizado.
- Resolución de modificación de la capacidad.
- Resolución de nombramiento del cargo.
- Otros:

Por todo ello,

AL MINISTERIO FISCAL SOLICITO, que a la vista de los datos y documentos que se aportan, se proceda a valorar la posible iniciación de un procedimiento de reintegración de mi capacidad

Fecha y firma

Formulario 19

SOLICITUD EXCUSA EN EL EJERCICIO DEL CARGO

Procedimiento nº.../...

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº...DE...

D/Dª..., mayor de edad, con DNI nº..., y domicilio en..., teléfono nº..., ante el juzgado comparezco y DIGO:

Que por medio del presente escrito, solicito mi **EXCUSA EN EL EJERCICIO DEL CARGO DE... Y NUEVO NOMBRAMIENTO**, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de...de...de..., en el procedimiento nº.../...fui designado..., de D/Dª...

SEGUNDO.- Por razones de:

- Enfermedad
- Edad
- Ocupaciones Personales
- Ocupaciones profesionales
- Falta de vinculación con mi tutelado
- Otras razones:

me es imposible seguir ejerciendo el cargo, por lo que me excuso

TERCERO.- La persona o entidad que propongo para el nombramiento es:

CUARTO.- En prueba de cuanto se afirma se adjuntan los siguientes documentos:

- Resolución de nombramiento del cargo.
- El documento que acredita la causa que alego para la excusa.
- Certificado literal de nacimiento de la persona propuesta para el cargo.
- Estatutos de la entidad privada propuesta para el cargo.

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito con sus copias y los documentos que se acompañan, tenga por solicitada mi excusa en el ejercicio del cargo y se proceda al nuevo nombramiento.

Fecha y firma

Formulario 20

CUENTA GENERAL JUSTIFICADA DE LA ADMINISTRACIÓN

Procedimiento nº.../...

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº... DE...

D/Dª..., mayor de edad, con NIF nº y con domicilio..., teléfono nº...ante el juzgado comparezco y DIGO:

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 279 del Código Civil vengo a presentar la CUENTA GENERAL JUSTIFICADA DE SU ADMINISTRACIÓN respecto al periodo comprendido entre la fecha de ... y ...

PRELIMINAR

1. Desde la fecha de aceptación del cargo este tutor ha realizado las siguientes rendiciones de cuentas:
2. Habiendo sido aprobadas, resta por rendir el periodo comprendido entre ...

INFORME PATRIMONIAL

I.- PATRIMONIO

- a. Propiedades:
- b. Valores:
- c. Productos bancarios:

II.- INGRESOS

- a. Sueldos y pensiones:
- b. Arrendamientos:
- c. Otros ingresos:
- d. Total ingresos:

III.- GASTOS

- a. Gastos de arrendamientos:
- b. Seguros:
- c. Otros gastos:
- d. Total gastos:

IV.- Se encuentra pendientes de cobro o pago a la fecha de cierre del presente informe:

Se adjuntan al presente los siguientes documentos:

- Extracto bancario de todos los productos bancarios relativo al periodo rendido.
- Facturas de gastos.
- Justificantes de cobros o pagos pendientes.

Todos los demás recibos y cuantos justificantes sean necesarios se encuentran a disposición del Juzgado, así como del Ministerio Fiscal.

Fecha y firma

Anexo 3

Colaboraciones doctrinales

La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección

Montserrat Pereña Vicente
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos

1. Estado actual de la cuestión: consensos y tensiones

Conocido es el debate¹ que se ha instaurado en todos los ámbitos, doctrinal, judicial, asociativo y profesional, sobre la necesidad de modificar nuestro modelo de protección nacido de la reforma de 1983 y las, a veces fuertes, tensiones entre las dos propuestas existentes: la que aboga por suprimir el sistema de tutela y sustituirlo por otro llamado de “apoyos” y el que considera que el sistema vigente es compatible con los objetivos y principios de la Convención².

Más allá de discusiones, más o menos técnicas, sobre el camino a seguir en la reforma de la legislación vigente en España, la Convención nos ofrece una oportunidad única para mejorar. Aunque puedan parecer antagónicas³, las diferentes posturas no están muy alejadas entre sí, si conseguimos tomar distancia y superar el atrincheramiento terminológico en el que algunos se han situado. Existen numerosos puntos de encuentro y consenso. Para encontrarlos hay que comenzar por el principio: los principios.

El eje central de la Convención se consagra en su artículo 3:

“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”

1 Se hace eco de las diferentes posturas García Pons, A., *El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España*, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. 1.

2 En este sentido, la Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad presentado en 2012 por el Real Patronato sobre Discapacidad.

3 Esta tensión se reproduce en todos los países en los que la Convención ha generado un debate, en todas las latitudes. Así, en Australia, ver el Informe Final de la Comisión de Reforma Legislativa de agosto de 2014 titulado *Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws*, p. 48: “In the literature discussing support for people who may require decision-making assistance there is an evident tension in the way that labels of “supported decision-making” and “substitute decision-making” are used. The discourse around art. 12, and particularly the General Comment on art. 12 published as a draft in 2013, has exacerbated this tension. General Comments are provided by way of guidance and are different from legally binding obligations as reflected in the CRPD itself. The Rules of Procedure of the UNCPRD provide that it may prepare General Comments “with a view to promoting its further implementation and assisting States Parties in fulfilling their reporting obligations. Some of the tension arising from the discussion about models of decision-making is evident in the submissions made in response to the UNCPRD’s General Comment on art. 12”.

Nadie pone en duda, sea cual sea su postura en cuanto a las necesidades de reforma, que este es y debe ser el principio que inspira la materia que nos ocupa, y ello con un carácter transversal, es decir, legislativo, judicial y práctico.

Admitir este punto de partida significa que la legislación debe consagrar un sistema de protección respetuoso de la dignidad, que potencie la autonomía de la persona y que no suprima su libertad para tomar decisiones. Por evidente, no hay que insistir en el consenso que existe sobre la cuestión.

Aceptar esta premisa tiene consecuencias. La primera, que no se puede admitir que cuando es necesario iniciar un procedimiento de protección ello implique entrar en un modelo de limitación general de la capacidad. Tampoco de “modificación de la capacidad”. La capacidad no se modifica; la capacidad es la que es en cada caso y lo que se hace en el procedimiento no puede ser suprimir, limitar ni modificar la capacidad, sino establecer los mecanismos adecuados para su ejercicio en función de las circunstancias personales que concurren en cada caso concreto. Esta es la razón por la que la denominación del procedimiento como de “modificación de la capacidad” no nos parece acertada ni adecuada, ni adaptada a la Convención. Por ello, adoptaremos en este trabajo la expresión genérica de procedimiento de protección.

Aceptar esta premisa, tiene igualmente implicaciones en la visión general de cuál es el papel del juez cuando se inicia un procedimiento de protección de la persona. El juez, a través de la sentencia, no “modifica” la capacidad de la persona. No tiene ese poder. Su papel consiste en indagar, verificar, “buscar activamente” cuál es la capacidad real de la persona⁴, en el sentido de “habilidad”, y cuáles son los obstáculos que le impiden ejercer su capacidad jurídica para, en función de eso, establecer las “medidas pertinentes” que le permitan el pleno ejercicio como exige la Convención.

No es labor fácil ni sencilla, pero esa debe ser la esencia de su trabajo. Incluso en los supuestos más graves, en los que las circunstancias de la persona reduzcan las posibilidades de ejercicio autónomo de esa capacidad, el juez debe buscar la “capacidad residual” para preservar ámbitos de autonomía.

Aceptar esta premisa tiene también, evidentemente, implicaciones y consecuencias para la persona que ejerce la medida de protección. Tutor o curador, o como se denomine en una posible futura reforma, deben buscar activamente esa capacidad residual, potenciar la autonomía de la persona, respetar su voluntad y preferencias y sostener, ayudar, apoyar a la persona para que tome sus propias decisiones en la medida en que ello sea posible.

Ahora bien, si es fácil aceptar esta premisa así enunciada desde un punto de vista teórico, en la práctica se pone de manifiesto toda la dificultad ¿cuál es el criterio para determinar en qué medida es posible? ¿Cuáles son los parámetros? ¿Cuáles son los límites? Posteriormente volveremos sobre la cuestión.

⁴ No nos referimos a su capacidad jurídica que, como posteriormente analizaremos, es igual para todos, sino a sus “habilidades” que sería la traducción de la distinción que los autores anglosajones hacen entre *capacity* y *ability*; algo próximo a la “capacidad natural” o al “grado de discernimiento” a que se refiere el artículo 287 CC.

El principio de autonomía tiene múltiples aspectos y aristas que se desarrollan en el articulado de la Convención. Centrándonos en el aspecto que nos interesa, la cuestión de la capacidad y el sistema de protección, el análisis del artículo 3 debe completarse con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

Se reproduce el consenso cuando se trata de la primera declaración que contiene:

“Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Por obvio, sobra comentarlo. Hasta donde conocemos, no hay ningún autor, sentencia ni artículo de ninguna norma que haya manifestado, insinuado o sugerido lo contrario en España o en los países de nuestro entorno. Pero a veces conviene explicitar lo evidente porque, a fuerza de repetir algunos que sus teorías se basan en este reconocimiento y que la Convención implica que ya no se podrá negar a las personas con discapacidad la personalidad jurídica, pueden crear la apariencia de que el Derecho español no lo reconoce o de que la doctrina “disidente” de ciertos postulados no parte de ese reconocimiento.

Lo mismo podríamos decir del número 2 del artículo 12 de la Convención:

“Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”

No vamos a entrar ahora en la cuestión de los conceptos tradicionales del Derecho español de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Para no convertir estas reflexiones en un tratado de Derecho civil y abordar la cuestión central, solo diremos que, en la Convención, capacidad jurídica es lo mismo que en el Derecho español, la titularidad de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar del Derecho español es lo que la Convención denomina ejercicio de la capacidad jurídica.

Reconocer la misma capacidad jurídica a toda persona, con o sin discapacidad, también puede considerarse como un punto de partida en el que existe consenso entre las diferentes posiciones. El sistema vigente en España, lo que modula o gradúa es la capacidad de obrar (el ejercicio de la capacidad jurídica en la terminología de la Convención), pero no la capacidad jurídica⁵. Las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, siguiendo la terminología vigente, no han visto alterada ni modificada su capacidad jurídica. Es la capacidad de obrar la que resulta afectada.

⁵ Sin embargo, aquí surge un primer punto de fricción ya que la Ley permite y los jueces aplican, la posibilidad de suprimir el derecho de sufragio activo a las personas cuya capacidad haya sido “judicialmente modificada”. No es este el momento adecuado para entrar de lleno en esta cuestión pero esta es, desde luego, una de las reformas urgentes que ha de acometer nuestro legislador. No sólo porque no es acorde con la Convención. Es contrario a los artículos 14 y 23 de la Constitución.

Ya antes de la Convención, Gullón Ballesteros⁶ explicitaba algo obvio: que “la capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana”.

Sin embargo, aquí comienzan las tensiones. En la interpretación de este precepto se empieza a agrietar el consenso. Algunos⁷ entienden que, en realidad, la Convención pretende suprimir la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, por lo que la capacidad jurídica sería tanto la titularidad como el ejercicio.

Esta interpretación, que suprime la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio, nos parece contraria a la propia literalidad del artículo 12 que no admite apoyos, ayudas ni graduaciones para el reconocimiento de la capacidad jurídica pero las exige para su ejercicio. La Convención no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio, luego no confunde ambos conceptos. Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, a través de la Observación general nº 1, ha forzado al máximo la interpretación de este párrafo, haciendo decir a la Convención lo que no dice. Posteriormente volveremos sobre ello.

Si avanzamos un poco más, las grietas se hacen más profundas y el consenso se rompe en mil pedazos. En número 3 del artículo 12 establece:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Cuando se trata de determinar cuáles son esas medidas es cuando las discrepancias parecen insalvables. Se trata de ver si son sólo aparentes y terminológicas.

Una interpretación que pretende ser literal, propone sustituir el sistema de tutela y curatela por otro llamado de “apoyo”. En este, se considera que la sustitución total que implica la tutela está proscrita por la Convención. Sin embargo, si

6 Gullón Ballesteros, A., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, en la obra “Los discapacitados y su protección jurídica” Ed. CGPJ, 1999, p. 13.

7 Asís Roig, R. De, y otros en *Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español*, en la obra colectiva “Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español”, Dykinson 2010, p. 28: “El artículo 12 integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica)”.

admitimos⁸ que las “medidas pertinentes”, que es el término genérico que utiliza la Convención, deben ser, como el propio artículo 12 establece, proporcionales, habrá casos en los que no será posible establecer un sistema de representación porque las circunstancias de la persona lo hagan desproporcionado, pero habrá otros en los que, por concurrir circunstancias especialmente graves, sólo mediante una representación se pueda garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica y, por tanto, el ejercicio de los derechos de la persona.

Es decir, que tan contrario a la Convención es abusar del sistema de representación como no recurrir al mismo cuando sea necesario. La Convención no define, enumera ni nombra las medidas, sólo exige que sean “pertinentes” y, si entendemos pertinente como lo define la RAE, significa “correspondiente a algo”. En el caso que nos ocupa, que corresponda con la realidad de la persona protegida. Como expresa en el mismo artículo la propia Convención: “con las circunstancias de la persona”. Esta pertinencia impondrá, en determinadas circunstancias, que prestar el “apoyo” en el ejercicio de la capacidad jurídica solo pueda hacerse representando a la persona cuando ello sea necesario, es decir, actuando en su nombre, por su cuenta y en su interés.

No es posible admitir una interpretación que se pretende literal y que ignora la literalidad del precepto, generando un axioma simplista en el que se ha tomado la parte por el todo. El artículo 12 conmina a los Estados a tomar “las medidas pertinentes” para conseguir una finalidad. Esa finalidad es “proporcionar el apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Es decir, el “apoyo” es la finalidad perseguida no la medida en sí. Ese apoyo, a veces exigirá una mínima intervención y otras sólo se cumplirá la finalidad de la Convención si el apoyo consiste, precisamente, en representar a la persona si, como hemos indicado, esa es la única vía para que pueda ejercer su capacidad jurídica. ¿De qué valdría tener capacidad jurídica si las circunstancias son tales que no es posible otro ejercicio de esa capacidad más que a través de una representación que resultaría prohibida si se sigue esa interpretación?

Ese rechazo a la representación se debe, en parte, a la amplitud de destinatarios de la Convención, que no distingue entre los diferentes supuestos de discapacidad, cuando en la realidad son muy diferentes las necesidades cuando se trata de una discapacidad física o sensorial que cuando es de tipo intelectual o mental. Pero también se debe a un desconocimiento de ciertas realidades especialmente complejas y de lo que es en esencia la representación. La representación no altera ni la titularidad del derecho, ni los intereses protegidos. El representante, y esto es igual en la representación legal que en la voluntaria, actúa por cuenta del representado, en su interés. A menudo se olvida que la

⁸ Como ya hemos tratado de explicar en otras ocasiones, el párrafo 3 del artículo 12 no impone un sistema de apoyo. Lo que impone a los Estados parte es la obligación de adoptar “las medidas pertinentes” para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ver en este sentido *La Convención de Naciones Unidas ¿el comienzo del fin de la incapacidad?*, La Ley, 9 de septiembre de 2011, págs. 1-5 y *La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica*, Revista Ius, julio-diciembre 2010, México, págs. 69-78 (también publicado en “La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad” La Ley, 2011).

esencia de la representación, su “centro de propulsión y gravitación” es el interés del *dominus*. Fue Ferrari⁹, en los años 60 del siglo XX, quien construyó la idea de que la sustancia de la representación se encuentra en “la idea de cooperación al hecho jurídico ajeno”. Por ello, afirma Díez Picazo¹⁰, la representación aparece como una respuesta del ordenamiento jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos.

Así entendida, la representación supone una “medida pertinente” para “apoyar” a una persona en el ejercicio de su capacidad jurídica si sus circunstancias no permiten que con una mera asistencia o complemento pueda ejercer sus derechos, es decir, su capacidad jurídica. La Convención de Naciones Unidas no obliga a hacer un viaje en el tiempo y regresar a los postulados del Derecho Romano en el que no existía la representación. La Convención no la proscribire. Todo lo contrario, es una exigencia de la misma cuando las circunstancias la hagan necesaria¹¹.

Aceptar esto no implica inmovilismo. Al contrario. La Convención nos brinda una oportunidad única para mejorar, para revisar nuestra legislación y, sobre todo, nuestra práctica. Porque, si el marco legal español, aunque necesitado de ajustes, no está muy alejado de los principios de la Convención, la realidad es que, en la práctica, nuestro sistema vulnera muchos de los principios y objetivos de la Convención porque ni siquiera respeta los propios principios y objetivos que consagró la reforma del Código civil. El famoso traje a medida, que ya exigía la ley de 1983, se ha traducido en un corta y pega en el que todas las sentencias se parecen a todas y en las que el abusivo recurso a la llamada “incapacitación total” ha desvirtuado de tal manera el sistema que estamos obligados a rediseñarlo. Y la Convención nos obliga a cambiar de perspectiva.

Este cambio de perspectiva debe referirse a la cuestión central: ¿cómo potenciar la autonomía de la persona protegida? Responder a este interrogante es un desafío que pasa por aceptar que, incluso en los casos en los que una persona tenga que ser representada por concurrir circunstancias especialmente graves, cuando su capacidad residual sea mínima, las decisiones que le conciernen tendrán que ser tomadas de acuerdo con su voluntad y preferencias, tomando siempre en cuenta su “interés superior” que, como veremos, no es algo abstracto y objetivo.

9 Ferrari, *Gestione d'affare altrui e rappresentanza*, 1963.

10 Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979, p. 24: “El ordenamiento jurídico, como decíamos, no hace al principio otra cosa que dar respuesta a una serie de problemas sociales típicos. La representación aparece así como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos”.

11 Así lo reconoce Serrano García, I., en ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? *Bettencourt, Sordi, di Stefano*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2015, nº 751, 2594: “De nuevo se reconoce que hay personas que no son capaces de expresar una voluntad. Para estas personas, el apoyo tiene que ser muy intenso. Puede llamarse tutela (Código civil español), con otros matices, asistencia (Código de Familia catalán), *amministrazione di sostegno* (Codice civile italiano), *sauegarde de justice* (Code civil français), o como se quiera, pero parece evidente que necesita una voluntad ajena que actúe en nombre y para la persona afectada o que asista a aquella que carece de aptitud de autogobierno”.

La dificultad mayor, evidentemente, se encuentra en determinar, en cada caso concreto, para cada persona, con sus circunstancias personales, familiares, económicas, culturales y sociales, cuál debe ser el grado de esa intervención. Sobre ello volveremos posteriormente. Aquí radica toda la dificultad de la reforma legislativa que debemos afrontar, de la sentencia que aplique al caso concreto esa legislación y de la actuación de la persona designada para ejercer la protección que es quien pone en práctica la sentencia y en cuyas buenas o malas prácticas descansa, necesariamente, el respeto de los principios de la Convención. En los tres niveles de esta cadena cada uno tiene su responsabilidad, pero está en manos de estos últimos que los principios y objetivos de la Convención no se queden en declaraciones grandilocuentes vacías de contenido y que la dignidad y la autonomía sean parte de la realidad, del día a día de la persona protegida.

2. La interpretación del Tribunal Supremo: la curatela como instrumento más adecuado. Sus déficits

El Tribunal Supremo se ha visto confrontado a la necesidad de aplicar la Convención en una docena de sentencias¹². Desde la primera, de 29 de abril de 2009, hasta la última a día de hoy, de 4 de noviembre de 2015, ha decantado una doctrina jurisprudencial que, en esencia, podemos resumir en las siguientes premisas:

- a) El sistema vigente en España no está derogado pero ha de ser reinterpretado a la luz de la Convención entendiendo que la incapacitación no cambia la titularidad de los derechos fundamentales aunque determina su forma de ejercicio.
- b) El interés de la persona con discapacidad es el “interés superior” que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir. La dificultad está, como posteriormente veremos, en determinar cuál es ese interés superior.
- c) La incapacitación es una “forma de protección de la persona con discapacidad en la medida que lo precise, que vendrá determinada por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tengan en su autogobierno”. Es decir, proporcionalidad. La proporcionalidad es la correspondencia de cosas entre sí, entre las medidas y otra cosa que, la mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo relacionan con la “alteración de las facultades intelectivas y volitivas”, pero, como posteriormente veremos, puede que esto no sea suficiente.
- d) Ha de buscarse la “capacidad residual” de la persona, lo que implica que el juez ha de conocer, a través de la práctica de cuantas pruebas sean necesarias, los ámbitos de capacidad¹³ que han de “reconocerse y potenciarse”. Esa

¹² STS 282/2009; STS 504/2012; STS 617/2012; STS 421/2013; STS 337/2014; STS 341/2014; STS 487/2014; STS 544/2014; STS 698/2014; STS 244/2015; STS 533/2015; STS 600/2015.

¹³ Se repite en varias de las sentencias del TS que aplican la Convención. Como ejemplo, el fundamento jurídico segundo de la STS 421/2013: “reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”.

capacidad ha de buscarse incluso en los casos en los que existe un régimen de representación ya que eso no anula totalmente su capacidad. Así lo reconoció la STS 487/2014.

- e) El Tribunal Supremo aplica un correctivo a los abusos de la práctica que abocan de manera casi sistemática a la incapacitación total con nombramiento de tutor, entendiendo que la curatela es más acorde con los principios y objetivos de la Convención. Ha adoptado una frase estándar con la que hace aplicación directa de la Convención: la curatela se concibe en términos más flexibles, por lo que parece el instrumento más idóneo “desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención”. Así lo recuerda, entre otras, en las sentencias de 544/2014, 553/2015 y 600/2015.

Comienza a abrirse paso en la doctrina¹⁴ esta idea consagrada jurisprudencialmente de que la curatela sería esa “medida pertinente” a la que se refiere el artículo 12 al no conllevar representación.

Cierto es que con los medios que hay a bordo, el TS ha de procurar una interpretación acorde con la Convención y, en tales circunstancias, potenciar la curatela ya es algo. Sin embargo, tal y como está configurada la curatela en nuestro ordenamiento jurídico, esta vía tiene sus límites. Y ello por dos razones fundamentales. La primera es que la curatela, al no estar concebida con carácter flexible, no permite representar en los casos en los que sea necesario, lo que genera, como ya hemos expuesto, la ausencia de una “medida pertinente” necesaria para el ejercicio de la capacidad jurídica en los supuestos en los que así lo exijan las circunstancias. La segunda es que, en el modelo actual, el curador está concebido únicamente en términos de técnica jurídica, es el que complementa la capacidad en determinados ámbitos, pero la cuestión es más poliédrica.

Creemos que es otra la perspectiva con la que se debe abordar el diseño de las medidas. Vamos a analizarlo con más detalle.

2.1. El curador: hacia una flexibilización de la figura

Parte de los problemas de nuestro sistema se deben a la rigidez con que han sido diseñadas la tutela y la curatela. El tutor representa y el curador complementa la capacidad. Es imposible adaptar esto a las variadas situaciones que determinan la puesta en marcha de una medida de protección. El juez tiene que optar entre uno y otro. Sin embargo, en muchos casos, es la combinación de diferentes funciones la que permite que la medida sea adaptada a las circunstancias de la

¹⁴ En este sentido, García Cantero, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*, Revista Jurídica del Notariado nº 82, 2012; Varela Autrán, B., *Curatela interpretada a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York. Comentario a la STS 617/2012, de 11 de octubre*, Diario La Ley, 11 de mayo de 2015; Botello Hermosa, P., *El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 749.

persona. No existe la flexibilidad que sí reconoce el Derecho francés en el que el tutor puede complementar la capacidad y el curador representar en determinadas circunstancias. Se podría poner como ejemplo también en Derecho suizo que, tras la reforma de 26 de junio de 2011 ha suprimido la tutela para concentrar todas las posibles medidas en la curatela, o el belga que, tras la Ley de 17 de marzo de 2013, ha suprimido las diferentes figuras de protección¹⁵ para unificarlas en un administrador.

Tal y como está diseñada en el Derecho español, no es posible llegar a priorizar en todo caso la curatela por vía de interpretación jurisprudencial ya que el curador no puede representar. En Suiza¹⁶ ha sido posible porque se han “reinventado” la figura de la curatela, han incorporado lo que el profesor Meier¹⁷ denomina una “curatela proteiforme”, consagrando cuatro tipos diferentes que, en dos de los supuestos (curatela de carácter general y de representación), sí permite la representación, cuando las circunstancias así lo hagan necesario. Pero a esta solución no se puede llegar en el Derecho español por vía de interpretación. Para ello es necesario un cambio legislativo que haga de la curatela algo distinto de lo que es ahora. No hay que dejarse confundir por la terminología, pues como se observa para la nueva curatela del Derecho suizo¹⁸, esta es “otra cosa que la curatela del antiguo Derecho”.

2.2. El curador: más allá del complemento de capacidad

El curador, de acuerdo con el artículo 289 del Código civil, tiene por misión la asistencia para los actos que imponga la sentencia y, según el artículo 293, los actos realizados sin su intervención serán anulables. Este diseño lo convierte en la persona que autoriza determinados actos, pero nada se establece en el Código sobre el proceso de toma de decisiones y los principios y criterios que han de guiarla. Esta carencia legislativa tampoco se suple en la literatura jurídica española, ya que no existe una “cultura” en nuestro país sobre el proceso de toma de decisiones y sobre cómo la actuación de la persona que ejerce la medida de protección (sea tutor o curador en nuestro vigente sistema), debe buscar, propiciar, fomentar la participación de la persona en el proceso de toma de decisiones.

15 Gallus, N., y Van Halteren, T., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures*, Bruylant 2014, p. 27: “L’harmonisation et la simplification de la protection pas l’organisation d’un statut unique construit sur la base du modèle de l’actuelle administration provisoire élargie à la protection possible de la personne. Cette harmonisation implique l’uniformisation et donc la suppression progressive des autres status de protection”.

16 *Droit de la protection de l’adulte. Guide pratique*, Copma, ed. Dike 2012, p. 135: “Le système des mesures ordonnées par l’autorité a été l’un des éléments centraux de la révision de la protection de l’adulte. Le catalogue ternaire bien connu, formé de la tutelle, du conseil légal et de la curatelle, a laissé la place à une mesure unique mais flexible, qui garde le même nom quelle que soit son intensité: la curatelle”.

17 Meier, P., *Nouveau droit de la protection de l’adulte: Introduction générale et système des curatelles*, RNRF 94/2013, p. 73, p. 10.

18 *Droit de la protection...* op. cit. p. 135: “L’identité de nom est cependant trompeuse: la curatelle du nouveau droit signifie à la fois plus et autre chose que la curatelle de l’ancien droit”.

El curador, debe no sólo complementar el consentimiento en un acto o negocio jurídico concreto, sino, sobre todo, ayudar a la persona protegida facilitándole herramientas que le permitan tomar decisiones por sí, potenciando, como propone Peter Blanck¹⁹, que se conviertan en “agentes causales de su propia vida”. Es el *support decision making* de la literatura anglosajona que tanta influencia conceptual y terminológica ha ejercido en la redacción de la Convención. Posteriormente analizaremos con detalle el proceso de toma de decisiones y cómo ha de superarse la visión del curador como mero “prestador de consentimiento” en los actos en los que la sentencia así lo establezca, para convertirse en lo que el profesor Meier²⁰ ha ilustrado al explicar sus funciones refiriéndose a estas como de verdadero “coaching”.

La aplicación del Tribunal Supremo, más allá de ciertos argumentos que ha estereotipado, permiten paliar en parte la ausencia de las reformas legislativas que se hacen esperar y han permitido también corregir parte de las desviaciones del sistema vigente en el que se ha abusado de la incapacitación total con nombramiento de tutor, en los casos en los que esto no se corresponde con la realidad y las necesidades de la persona protegida. Para ello en varios casos, ha transformado la tutela en curatela respetando ámbitos de autonomía, incluso en aquellos casos en los que ha mantenido el régimen de tutela.

Pero todo el esfuerzo del Tribunal Supremo por aplicar la Convención, o al menos utilizarla como criterio de interpretación y, de paso, contentar a algunos grupos de presión, no parece ser suficiente. Al contrario. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, a través de la Observación general nº 1 ha venido a echar por tierra muchos, por no decir todos, los argumentos de esta reciente doctrina jurisprudencial. Veamos.

3. La Observación general nº 1 de Naciones Unidas, de 19 de mayo de 2014

La capacidad jurídica, entendida como la titularidad de derechos y obligaciones sólo es realmente igual a la de las demás personas si se puede ejercer y, cuando concurren circunstancias que dificultan o impiden ese ejercicio, el Estado debe, según establece el artículo 12 de la Convención, “adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Hay derechos que no admiten la representación en su ejercicio, pero hay otros en los que, sólo si se permite la representación el derecho se puede ejercer. Como ya hemos avanzado en páginas anteriores, cuando las circunstancias que concurren en la persona hagan que la representación sea el único modo posible de ejercicio, sólo si se admite esa representación se puede situar a la persona en igualdad de condiciones con las demás, ejerciendo el derecho por

19 Blanck, P., *“The Right to Make Choices: The National Resource Center for Supported Decision-Making”*, Inclusion, 2015, vol, 3, nº 1, 24-33, p. 26: “By ensuring that the final is decision maker on his or her own life circumstances, supported decision-making empowers people to be causal agents in their lives, increasing their self-determination”.

20 Meier, P., *Les curatelles du nouveau droit de la protection de l’adulte: quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique*, FamPra.ch 4/2012, p. 939.

representación. Es en cómo se ejerce esa representación en lo que se juega el respeto a la Convención. Por ello, nos resulta incomprensible los términos en que se manifiesta la Observación general nº 1 de Naciones Unidas de 19 de mayo de 2014 (en adelante Observación) en cuyo número 7 establece:

“Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”.

Especialmente preocupante es el nº 14 de la Observación que dispone:

“La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no puede separarse”.

Este texto realiza una amalgama de conceptos que la propia Convención no realiza, al no distinguir, como sí hace la Convención, la capacidad jurídica y su ejercicio. La afirmación que realiza en el último inciso “estas dos facetas no pueden separarse”, no corresponde con lo que expresamente consagra el artículo 12 que se basa, precisamente, en la distinción entre la capacidad jurídica que tienen las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.3), y el ejercicio de esa capacidad jurídica para el que exige a los Estados Parte adoptar “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”. Es decir, que, en contra de lo que pretende la Observación, la Convención sí separa ambas cuestiones ya que para el reconocimiento de la capacidad jurídica no exige ni impone medidas de ningún tipo, mientras que, para su ejercicio sí. Forzar la interpretación haciendo decir a la Convención lo que no dice es **deshonesto** si tenemos en cuenta las discusiones que en torno a este artículo existieron cuando se

negoció²¹. Lo que no se pudo incluir en la Convención por falta de acuerdo, no se puede introducir ahora por vía de una interpretación incongruente, que ignora el texto que interpreta, basándose en un sofisma que priva de legitimidad a las conclusiones que impone.

Es un **sofisma** inferir de premisas verdaderas una conclusión en la que se omite un argumento fundamental que invalida la conclusión. Nos explicamos.

Se parte de las siguientes premisas:

- La Convención afirma que toda persona tiene capacidad jurídica.
- Se infiere de la Convención que todas las personas tienen derecho al ejercicio de su capacidad jurídica.

Se concluye: luego capacidad jurídica y ejercicio de capacidad jurídica son lo mismo (porque todas las personas lo tienen).

Un ejercicio perverso de dialéctica que pretende imponer un modelo falso. Nada nuevo bajo el sol. Aristóteles²² ya elaboró un método para combatir los sofismas: hay que encontrar las diferencias para distinguir qué es cada cosa y así no hacer pasar por idéntico lo que es diferente.

La falacia de este discurso consiste en omitir la diferencia que consagra explícitamente la Convención: el reconocimiento de la capacidad jurídica es automático... mientras que la Convención exige adoptar las "medidas pertinentes" para que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica. Es decir, en el reconocimiento de la capacidad jurídica no cabe adoptar ninguna "medida pertinente" pero en el ejercicio sí. Esa es la diferencia.

Si la capacidad jurídica es lo mismo que su ejercicio ¿por qué se molestó la Convención, en los números 3 y 4, en establecer las condiciones que deben reunir las "medidas pertinentes" para su ejercicio si ya estaba todo dicho en el n° 2 que es el que consagra el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones?

La Observación manipula y falsea conceptos bajo forma de sofisma para llegar a una conclusión distorsionada en relación a la letra y el espíritu de la Convención. Y lo más grave es que, al igual que la Observación, toda la literatura que defiende esta postura recurre explícita o implícitamente, a un *argumentum ad hominem*,

21 García Pons llega a afirmar que "la discusión en torno a este artículo puso en peligro la adopción misma del texto final de la Convención", en *El artículo 12 de la Convención...* op. cit. p. 67.

22 Aristóteles, *Tópicos, Libro I: Generalidades sobre los métodos de la dialéctica*, Tratados de Lógica, editorial Gredos 1988, p. 119: "Encontrar las diferencias es útil para los razonamientos acerca de lo idéntico y lo distinto, y para distinguir qué es cada cosa. Qué es útil, pues, para los razonamientos acerca de lo idéntico y lo distinto, es evidente: pues, una vez hayamos encontrado una diferencia cualquiera de las cosas previamente establecidas, habremos mostrado que no es la misma cosa".

atacando la calidad moral del contrario: ellos son los defensores de los derechos humanos, la libertad, la dignidad... y los que no comparten esta interpretación atentan contra los estandartes que torticeramente se apropian: los derechos humanos, la libertad, la dignidad... Aristóteles²³ ya alertó de que “hay hipótesis a las que es difícil atacar y fácil defender.... y esto ocurre sobre todo en lo concerniente a los principios”.

Este discurso genera un efecto perverso que consiste en que, por temor a ser tachado de retrógrado, de anti-derechos humanos, casi nadie se atreve a rechazar los **postulados totalitarios** de quienes pretenden suprimir la distinción entre capacidad jurídica y su ejercicio y abogan por suprimir cualquier sistema de representación. Aún a riesgo de resultar reiterativos, debemos insistir. La Convención no exige esto ni explícita ni implícitamente y, como alerta el profesor Adrian Ward²⁴, el cambio propuesto hacia la ficción de que todo el mundo es capaz de decidir válidamente es desconocer la realidad, y cuando no existe correspondencia con la realidad, la consecuencia es que los derechos e intereses no serán adecuadamente promovidos o salvaguardados. Por ello, alerta el profesor Ward²⁵, las propuestas de la Observación “se traducirán inevitablemente en violaciones de los derechos humanos”.

Por otra parte, la Observación hace una amalgama²⁶ de conceptos al tratar, en sede de capacidad jurídica, cuestiones tan distintas como la accesibilidad a través

23 Aristóteles, *Tópicos, Libro VIII: La práctica dialéctica*, op. cit. p. 285: “Y esto ocurre sobre todo en lo concerniente a los principios; en efecto, las demás cosas se muestran por medio de éstas, mientras que éstas no es posible mostrarlas por medio de otras, sino que es necesario conocer cada una de ellas con una definición”.

24 Ward, A., *Abolition of all guardianship and mental health laws?*, The Journal of the Law Society of Scotland, abril 2014, p. 1: “The UN Committee proposes to demand the abolition of all guardianship and mental health laws. That is not a requirement of the UN Convention.... Committee remains disconnected from reality in its enthusiasm for what it sees as its own revolutionary ideas. One trusts that democratic accountability, including the requirements for open consultation and debate, will prevail”.

25 Ward, A., *Abolition of all guardianship...* op. cit. p. 9: “Legal systems must be structured to match reality so as provide both support and protection, or make no intervention at all, depending on the needs and circumstances of individuals, recongising the possibility of change over time. The proposed shift towards a fiction that everyone is capable of acting and deciding validly, and so as to promote and safeguard their own rights, interests and welfare, when this simply does not accord with reality in many cases, is to revert to a world in wich the disabilities of some people are disregarded, with the consequence that their rights, interests and welfare will not be adequately promoted and safeguarded. The proposals in the Draft Comment will inevitably result in breaches of human rights. They are regressive”.

26 El número 17 de la Observación establece: “Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confían para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares... o la asistencia para comunicarse.....puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad... también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales...”

del diseño universal o la utilización del lenguaje de señas, que nada tiene que ver con la cuestión del ejercicio de la capacidad jurídica. Con ello se genera un *totum revolutum* que en nada ayuda al tema y que impide sentar las bases para construir un sistema de protección acorde con los principios y objetivos de la Convención. Tomando esta como guía, trataremos de diseñar los principios que deben inspirarlo y qué implicaciones tienen esos principios a nivel legislativo, judicial y práctico.

4. Principios del sistema de protección

Las evoluciones jurisprudenciales y doctrinales, junto al análisis de las reformas legislativas que se están produciendo en los países de nuestro entorno, nos permiten decantar unos principios generales en los que debería basarse el sistema de protección, respetuosos con los principios consagrados por la Convención. Tienen carácter transversal, en el sentido de que deben informar la legislación, las sentencias y la actuación de la persona que ejerce la medida. Estos principios son: necesidad, temporalidad, proporcionalidad, personalización y autonomía.

4.1. Necesidad

Sólo es posible poner en marcha un sistema de protección cuando las circunstancias de la persona no le permitan ejercer su capacidad jurídica con total autonomía. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, este principio se ha traducido en dos exigencias: que se realice una interpretación restrictiva y que exista una causa que impida a la persona autogobernarse. La cuestión espinosa reside en determinar cuál es esta causa.

En las sentencias del Tribunal Supremo que llevan a cabo una aplicación directa de la Convención, el criterio invocado sigue siendo la existencia de una enfermedad o deficiencia que impida a la persona gobernarse por sí misma, debiendo adoptarse, como señala la STS 421/2013, un criterio restrictivo.

En concreto, han vinculado la necesidad de poner en marcha un proceso de protección a los supuestos en los que las “facultades intelectivas y volitivas” de una persona “no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse” (STS 600/2015).

Más explícita es la STS 341/2014 que dispone que “el autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada”.

Sin embargo, la Observación de Naciones Unidas de 2014, lleva a cabo una crítica del criterio basado en la capacidad mental y establece que “los déficits

en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”.

Ya hemos insistido en la cuestión de que, con o si el artículo 12 de la Convención, la puesta en marcha de un procedimiento de protección no afecta a la capacidad jurídica pero sí, como literalmente establece ese artículo, a su ejercicio ya que conmina a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para facilitarlos. Y, precisamente, determinar en qué casos hay que adoptar esas medidas obliga a referirlo al criterio de la alteración de las facultades intelectivas o volitivas. De no existir tal alteración no es necesario adoptar una “medida pertinente” ¿qué podría justificarlo?

Ahora bien, la existencia de esos “déficits” no es suficiente. Es necesario, como exige entre otras la STS 244/2015, que tenga una “incidencia efectiva” en su autogobierno. Por esta razón, no basta la existencia de un diagnóstico, sino que también han de analizarse las circunstancias de la persona. La apreciación de ese conjunto de circunstancias determinará la necesidad de poner en marcha la protección y, como luego veremos, su graduación. Ha de analizarse si la alteración, unida a las circunstancias de la persona, provoca una falta de autogobierno, una imposibilidad para tomar decisiones de forma autónoma o, como dicen las legislaciones de nuestro entorno, la imposibilidad de asegurar a uno mismo la salvaguarda de sus intereses. Esto último es lo que Meier²⁷, con referencia al Derecho suizo, denomina la condición o requisito para que se pueda adoptar una medida de protección y la deficiencia es la causa. Con mucha claridad se refiere a la cuestión la *Mental Capacity Act* de Reino Unido²⁸ de 2005 que, en su artículo 2, establece que una persona no tiene capacidad en relación a una cuestión si, en un momento determinado, es incapaz de tomar una decisión por sí mismo debido a un deterioro o una perturbación en el funcionamiento de la mente o el cerebro. Y explica en el artículo 3 en qué casos una persona es incapaz de tomar una decisión por sí misma²⁹.

4.2. Temporalidad

La cuestión temporal tiene una doble exigencia en la Convención: las medidas han de adoptarse en el “plazo más corto posible” y, por otra parte, deben estar sometidas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

27 Meier, P., *Les curatelles... op. cit. p. 937*: “La cause de curatelle peut être une déficience mentale ..., un trouble psychique...; la condition de curatelle est l’incapacité d’assurer soi-même, totalement ou en partie, la sauvegarde de ses intérêts”.

28 Artículo 2 (1) *Mental Capacity Act*: “For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”.

29 Artículo 3 (1) *Mental Capacity Act*: “For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable:

- a. to understand the information relevant to the decision
- b. to retain that information
- c. to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
- d. to communicate his decision”.

En este punto, la legislación española debe evolucionar en el sentido de imponer plazos de duración o revisiones obligatorias cada cierto plazo de tiempo, de modo análogo a lo que ha establecido la legislación francesa que establece un plazo máximo de un año para la salvaguardia de justicia y de cinco años para la tutela y la curatela, al término de los cuales el juez tiene que revisar la medida adoptada.

El problema surge porque la ley impone que, al final de estos plazos, la persona protegida recupera automáticamente la plena capacidad, por lo que, si persisten las causas que dieron lugar a la medida, se puede producir, como pone de manifiesto Leroyer³⁰, una desprotección en su perjuicio. Es decir, el legislador debe buscar la fórmula para satisfacer la necesidad de temporalidad y, al mismo tiempo, no generar una desprotección, contraria a la propia Convención.

4.3. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad conlleva dos exigencias: graduación de la medida y que se corresponda con las circunstancias.

Explícitamente lo impone el artículo 12.4 de la Convención, que determina que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica “sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”.

Este principio es el que ha inspirado las reformas en la materia en todos los países de nuestro entorno, previas y posteriores a la Convención. Así, la Ley francesa de 5 de marzo de 2007, la Ley suiza de 26 de junio de 2011 o la Ley belga de 17 de marzo de 2013.

La primera exigencia de este principio impone un cambio legislativo para reformar los instrumentos de protección cuya rigidez es un freno para que se respete la proporcionalidad. Ya hemos hecho alusión a cómo el TS manifiesta reiteradamente su preferencia por la curatela por considerarla más acorde con la Convención. Sin embargo, esta tiene el inconveniente de que limita las posibilidades de intervención no siendo viable, tal y como está diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, que el curador pueda representar cuando sea necesario. Y hay casos en los que es necesario. Como ilustra Meier³¹ para el Derecho suizo, se debe establecer una medida tan débil como sea posible pero tan fuerte como sea necesario para garantizar la ayuda o asistencia de la que tenga necesidad la persona. Una medida es desproporcionada si es demasiado radical o demasiado ligera para cumplir sus objetivos.

Tanto en la reforma del Derecho suizo de 2011 como en la belga de 2013, se ha suprimido la rigidez que imponía al sistema la existencia de diferentes regímenes de protección, y han puesto en marcha un estatuto único de protección,

30 Leroyer, A. M., *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, RTD Civ. 2007, p. 394.

31 Meier, P., *Les curatelles de nouveau droit...* op. cit. p. 935.

flexible, que puede adaptarse a las necesidades concretas de protección. En Suiza es el curador y en Bélgica es un administrador³².

La flexibilización del instrumento de protección favorecerá que la sentencia sea proporcional, pero no es suficiente. Es necesario, como determina la STS 244/2015, “adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad”. Para que ello sea posible, ha de llevarse a cabo una transformación no solo legislativa sino también judicial.

La graduación así entendida no es una novedad absoluta en nuestro ordenamiento jurídico ya que el Código civil antes y la LEC ahora, exigen explícitamente la graduación de la sentencia. Ya hemos hecho alusión a la cuestión de cómo la práctica ha desvirtuado el sistema³³. Sin ánimo de buscar culpables ni responsabilidades, falta de medios, de especialización, ausencia de sensibilidad..., es evidente, que algo tiene que cambiar. Es necesario un cambio en el modo en que los jueces abordan el procedimiento.

Son los jueces los que mayor responsabilidad han de asumir para que se cumpla la exigencia de proporcionalidad. Cada sentencia debe tener presentes dos parámetros: extensión e intensidad de la medida, de modo que habrá ámbitos concretos que estén afectados por la medida de protección y otros que no. Y, entre los primeros, podrá haber medidas de diferente intensidad, unas que conlleven un ayuda en la toma de decisiones, que se traduzca o no en el complemento de capacidad, y otras que exijan representación como único recurso que, en el caso concreto, permita a la persona protegida el ejercicio de un derecho.

Pero la proporcionalidad exige algo más que determinar la extensión, que es lo que literalmente exige ya el artículo 670 de la LEC.

¿En qué ha de basarse la sentencia para determinar la extensión y la intensidad de la medida? Pues, como indica el número 4 del artículo 12 de la Convención, en las circunstancias de la persona, entre las que, como ya hemos señalado, la limitación de las facultades intelectivas y volitivas no es más que una de las que se deben valorar. Con toda lucidez lo expone la STS 244/2015 cuando establece que “la incapacitación es sólo una forma de protección, en la medida que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona. La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la

32 Sobre la cuestión, ver, Gallus, N., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures*, ed. Bruylant, 2014.

33 En el mismo sentido, ver, Álvarez Lata, N., *El proceso de toma de decisiones...* op. cit. p. 47: “La regulación legal y la argumentación teórica que sustentan el régimen jurídico actual podrían considerarse una respuesta aceptable a las necesidades de las personas con discapacidad, pero incompleta, pues no incorporan íntegramente el modelo articulado en la Convención. Con todo, el mayor problema es su decepcionante aplicación práctica”.

realidad las limitaciones de las personas en el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa alguien que lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona”.

Es decir, que el juez debe valorar las pruebas practicadas para conocer del modo más preciso posible, cual es la situación de la persona. Para ello, como la propia sentencia del TS añade, tendrá una gran discrecionalidad “que deberá justificar en la motivación de la sentencia”. Esto exige argumentar en cada caso cuáles son las circunstancias concretas que han determinado la extensión y la intensidad de las medidas adoptadas. Para el Derecho suizo, la misma exigencia se reproduce y alerta Meier³⁴ de las dificultades, ya que este principio exige un verdadero “trabajo de investigación” previo a la sentencia, y la motivación de las decisiones, lo que no será fácil si no se incrementan los medios de la autoridad de protección.

Sólo de este modo se cumple con las exigencias que impone el principio de proporcionalidad, que no se limitan a la mera determinación de “la extensión y los límites”. La motivación de la sentencia se convierte así en esencial para hacer respetar no sólo el principio de proporcionalidad sino también el de necesidad³⁵, lo que por otra parte, es una exigencia constitucional³⁶. Esto es precisamente lo que ha provocado que algunas de las sentencias del TS que aplican la Convención hayan estimado el recurso de casación por falta de motivación

34 Meier, P., *Les curatelles du nouveau droit...* op. cit. p. 930.

35 Esta misma exigencia se ha impuesto en el Derecho francés tras la reforma de 2007. V. Hauser, J., *De l'obligation de motiver soigneusement les décisions de mise sous protection: la Cour de cassation tient la main*, RTDCiv, 2013, p. 89: “Bien entendu on imagine que la Cour renvoie au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de fait de l'état de la personne à protéger et de la mesure à appliquer. Mais, comme souvent, elle impose dans ces décisions des obligations de motivation qui dénotent une certaine sévérité de bon aloi”.

36 Díez-picazo, L., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Civitas, 2014, p. 56: “Todas estas cuestiones exigen inexcusablemente aludir al deber, que es un deber constitucional de los jueces y tribunales, de motivar sus sentencias”.

suficiente³⁷ en la que se justifique que la medida adoptada es proporcional a las circunstancias de la persona.

La proporcionalidad así entendida, obliga a que el juez realice el famoso “traje a medida” en el que, además, ha de plasmarse otro de los principios centrales del sistema que se basa también en el análisis de las circunstancias de la persona: la personalización.

4.4. Personalización de la medida: voluntad, preferencias y deseos

Además de ser proporcional, la medida ha de estar personalizada y, admitir este principio, tiene también implicaciones legales, judiciales y en el ejercicio de la medida.

4.4.1. Desde un punto de vista legislativo

Obliga al legislador a flexibilizar al máximo el modelo de protección, huyendo, como exige el Tribunal Supremo, de “una regulación abstracta y rígida”. Además, se deben adoptar los instrumentos que permitan conocer la voluntad de la persona, tanto con carácter previo a su pérdida de capacidad como con posterioridad a la misma. La legislación española ya ha consagrado diversos instrumentos para que esto sea posible: los documentos de voluntades anticipadas, la autotutela y, aunque con muchas carencias, lo poderes preventivos.

Sin embargo, la ley debe incorporar nuevos parámetros. La concepción del procedimiento de protección y la medida de tutela o curatela acordada judicialmente se basan en referentes de técnica jurídica, necesarios para la eficacia y la seguridad jurídica, pero insuficientes para respetar este principio. El centro de gravedad de la actuación del tutor o del curador está en el consentimiento para realizar actos jurídicos, basándose toda la regulación en la necesidad de que, para determinados actos, consienta el curador junto con la persona protegida o bien en la necesidad de que consienta el tutor, con o sin autorización judicial. Sin embargo, no existe ningún precepto en el que se incorpore la necesidad de conocer la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona protegida. Si la voluntad es la esencia del consentimiento, es también algo más. Puede existir una causa que impida a la persona prestar válidamente el consentimiento para determinados actos, pero, como ya hemos dicho, eso no anula su voluntad, preferencias y deseos. Y ni un solo artículo del Código civil consagra la necesidad, la obligación de buscarlos. Este es uno de los motivos de la urgencia de la reforma legislativa.

4.4.2. Desde un punto de vista judicial

La personalización de la medida exige confeccionar el traje a medida del que hablan algunas sentencias del Tribunal Supremo, el “*measure sur mesure*” que exigen, tras las recientes reformas, las leyes belga, francesa y suiza.

37 STS 244/2014: “Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que deberá exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica”.

Ello tiene dos implicaciones esenciales en el modo en que el juez de instancia debe afrontar la adopción de la medida:

1. La primera es que, como ya hemos visto al exponer el principio de proporcionalidad, el juez debe conocer del modo más preciso posible las circunstancias de la persona, y, en concreto, debe conocer cuáles son las dificultades y obstáculos que existen en cada caso para el ejercicio autónomo de la capacidad jurídica, para adaptar la medida a tales circunstancias.
2. La segunda es que el juez debe indagar cuál es la voluntad de la persona en cuanto a su propia protección, sus preferencias respecto a la persona que ha de ejercerla y sus opciones vitales. Todo ello puede condicionar decisiones relativas al ejercicio de sus derechos en cuestiones tan esenciales como la elección del lugar de residencia. La STS 487/2014 ha establecido que esa voluntad hay que tenerla en cuenta aunque se haya constatado ya la existencia de una limitación intelectual o volitiva que ha dado lugar a una medida de protección. Especial relevancia adquiere en este punto la distinción entre consentimiento y voluntad, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

4.4.3. Desde el punto de vista del ejercicio de la medida

Es aquí donde la exigencia de personalización adquiere toda su dimensión. Sea cual sea la extensión y la intensidad de la medida de protección, la persona que la ejerce debe tener en todo momento presente que el proceso de toma de decisiones, tanto si la medida implica acompañamiento como si implica representación, no puede hacerse sin tener en cuenta la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, respetando sus opciones vitales, estilo de vida y valores³⁸.

Por ello es esencial que, cuando la protección esté encomendada a una persona jurídica, los protocolos de actuación o los códigos de buenas prácticas no consagren normas totalmente rígidas ya que es necesario, esencial, dejar un margen de flexibilidad que permita adaptar la medida a cada persona. Este es uno de los aspectos en los que la Convención puede y debe ser directamente aplicable ya que se puede hacer sin necesidad de modificar el régimen vigente, incorporándolo a la práctica.

La búsqueda de la voluntad y las preferencias de la persona protegida ha de convertirse en el eje central de esa actuación, cualquiera que sea el grado de protección establecido. Es decir, incluso en aquellos supuestos en los que sea necesario adoptar una medida que implique representación, la decisión que realiza la persona que ejerce la medida ha de basarse en la voluntad, las preferencias y los valores de la persona protegida. El documento de apoyo de la Anesm³⁹ dirigido a mejorar la práctica de los mandatarios en Francia⁴⁰,

38 Este enfoque no es totalmente ajeno a la regulación de la tutela en el Código civil. A veces olvidamos el artículo 268 que impone a los tutores la obligación de ejercer el cargo "de acuerdo con la personalidad" del tutelado.

39 ANESM: Agencia nacional de evaluación y calidad de los establecimientos y servicios sociales y médico-sociales en Francia.

40 Document d'appui relative à la recommandation de bonnes pratiques professionnelles de l'Anesm, juillet 2012, p. 19: "Afin de "protéger sans diminuer", il apparaît nécessaire pour

dispone que “a fin de proteger sin disminuir, es necesario que los profesionales busquen el consentimiento de la persona a fin de no imponerle decisiones que se toman para protegerle”.

Podemos tener la legislación más acorde con la Convención, las sentencias más respetuosas con la misma, pero todo eso no servirá para nada si falla la ejecución, la práctica. Y esa es, precisamente, la parte más complicada y en la que se juega todo. La persona que ejerce la medida de protección es quien tiene en su mano que el respeto de los principios consagrados por la Convención no se quede en papel mojado. Sea cual sea el grado de protección necesario, es en el día a día en el que se potencia o no el respeto de la dignidad y la autonomía individual.

Esa es toda la sutilidad de la misión de los tutores, curadores, personas de apoyo. Han de acompañar en la toma de decisiones, o tomar la decisión cuando ello sea necesario, sin proyectar sus propios valores, sino intentando que la decisión sea lo más aproximada posible a la que la persona hubiese tomado, teniendo en cuenta, como señala Mosidon-Chataigner⁴¹, su “trayectoria vital”. La guía sobre qué es el “interés superior” de la *British Psychological Society*, de un modo muy visual, establece que se ha de intentar tomar la decisión que la persona hubiese tomado si hubiese tenido capacidad⁴².

En estos casos, la persona no podrá, en los ámbitos que determine la sentencia, prestar su consentimiento, pero eso no puede ser obstáculo para que se indague cuál es su voluntad, cuáles son sus preferencias y deseos para conformar la decisión que desemboca en la prestación del consentimiento. El consentimiento es una cuestión de técnica jurídica que no puede obviar la voluntad de la persona. Y es en el respeto de esa voluntad en lo que nos jugamos el respeto de la Convención.

4.5. Autonomía

4.5.1. La libertad de tomar decisiones y sus límites

El respeto de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona es lo que permite personalizar la medida y es también esencial para dar cumplimiento a otro de los mandatos de la Convención: “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”.

les professionnels de rechercher le consentement de la personne afin de ne pas lui “imposer” des décisions qui sont prises pour la protéger”.

41 Moisdon-Chataigner, S., *Vulnérabilité et liberté chez les personnes âgées*, en la obra colectiva “La dépendance des personnes âgées: un défi pour l’Etat social”, PUB, 2014, p. 9: “L’objectif légal est de prendre en considération, le plus et le mieux possible, le parcours de vie des personnes”.

42 Joyce, T., *Best Interests. Guidance on determining the best interests of adults who lack the capacity to make a decision (or decisions) for themselves*, The British Psychological Society, 2007, p. 7: “Substituted judgement is a method for making decisions which tries to make the choice that the person themselves would have made, if they had the capacity to do so”.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto como sí ocurre en el Derecho francés, que preserve por imperativo legal ciertos actos en los que no cabe asistencia ni representación por lo que sólo podrá realizarlos la persona si tiene capacidad natural para ello. Si no tiene capacidad el acto no se podrá realizar. Esta regulación, introducida en la reforma de 2007, se ha considerado inicialmente clave para preservar espacios de autonomía a la persona. Sin embargo, la práctica ha puesto de manifiesto sus disfunciones. El consentimiento para la propia adopción se considera acto estrictamente personal por lo que no cabe, con arreglo a la ley francesa, asentimiento ni representación. Esta es la cuestión que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Casación francés de 8 de octubre de 2008 en el que se confirma la imposibilidad para suplir el consentimiento de una joven autista que no pudo consentir su propia adopción por parte de la segunda esposa de su padre, que junto a él la había criado⁴³. La adopción no pudo realizarse por faltar el requisito esencial del consentimiento de la adoptada mayor de edad. De haberse podido realizar la adopción, esta hubiese supuesto, sin duda, un beneficio neto para la joven ya que le habría permitido recibir por herencia una mayor parte al convertirse en legitimaria, además de que hubiese aprovechado importantes beneficios fiscales, lo que le hubiese permitido incrementar su patrimonio y así incrementar su autonomía financiera. Un ejemplo clarísimo de las consecuencias que ha de medir el legislador antes de incluir restricciones de este tipo, aunque sea con la mejor de las intenciones: favorecer la autonomía.

En ausencia de una reserva legal similar en nuestro ordenamiento jurídico, es esencial que la sentencia preserve ámbitos de autonomía en los que la persona mantenga su capacidad de decisión, en consonancia con sus capacidades reales o con su capacidad natural⁴⁴. La utilización equilibrada y proporcionada del doble aspecto de la extensión y la intensidad de la medida es la que debe permitir resguardar esos ámbitos de decisión, incluso en los casos en que estemos ante un nivel alto de protección en el que exista representación.

Muy clara ha sido en esta cuestión la STS 244/2015 en la que, a pesar de haberse constatado la existencia de un deterioro cognitivo, el Tribunal Supremo entiende que se deberían haber preservado espacios de autonomía que, en ese caso concreto, permiten reconocer “capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona”.

Se trata pues, de establecer no sólo la relevancia de la voluntad de la persona, lo que como hemos visto es primordial en todos los ámbitos, sino de establecer cuándo esa voluntad se puede transformar en consentimiento válido.

La cuestión espinosa reside en determinar cuál es el límite de esa autonomía. La STS 487/2014 parece establecer dos: que la persona tenga un nivel de discernimiento suficiente y que no exista un perjuicio objetivo. Ambos extremos son difíciles de valorar.

43 Esta sentencia ha sido muy criticada por la doctrina francesa. Ver, entre otros, Moracchini-Zeidengerg, S., *L'acte personnel de la personne vulnérable*, RTDCiv, 2012, p. 21.

44 El grado de discernimiento a que se refiere el artículo 287 del CC.

Respecto al límite del perjuicio objetivo, la sentencia establece que “la voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente le perjudique”. Podríamos preguntarnos en qué consiste ese perjuicio objetivo, que la sentencia no define pero del que establece que “debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona”, para concluir que su voluntad “debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría”.

Cabe plantearse, incluso, si es posible admitir un cierto nivel de perjuicio si esa es una consecuencia de la autonomía que le permite tomar decisiones convirtiendo su voluntad en consentimiento. Es lo que la Observación de Naciones Unidas reconoce, en una aseveración un tanto *naïf*, como “el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”. En realidad la cuestión de los límites se plantea no sólo respecto a estos ámbitos en los que la persona protegida consiente, sino en general en cuanto a los límites de la toma en consideración de su voluntad.

Moisdon-Chataigner⁴⁵, en relación al Derecho francés, entiende que la ley obliga a tener en cuenta la voluntad de la persona incluso más allá de sus intereses, siendo el único límite que exista un peligro para ella. El estándar del peligro, ¿implica un margen mayor que el del perjuicio? En Francia parece abrirse paso la idea de que sí, ya que, como pone de manifiesto el documento de apoyo de la Anesm, si se es fiel a la filosofía “proteger sin disminuir”, valorizar la autonomía de la persona “implica aceptar tomar ciertos riesgos”.

Esta dificultad se reproduce en los casos en los que las circunstancias imponen la necesidad de tomar la decisión en representación. La idea de si el límite es el peligro o el perjuicio objetivo nos reconduce a la cuestión del “interés superior” de la persona protegida. Cuando no sea posible asociar a la persona en la toma de decisiones, y sea necesario el ejercicio del derecho por representación, el representante debe tener en cuenta el “interés superior”. Así lo han entendido los autores que han analizado la cuestión y que buscan una solución respetuosa con los principios y objetivos de la Convención. Este interés superior sería el “beneficio del tutelado” a que se refiere el artículo 216 del Código civil. Álvarez Lata⁴⁶ entiende que “el beneficio del tutelado ha de entenderse desde la condición de este como sujeto de derechos y, frente a criterios subjetivos, ha de operarse con parámetros objetivos o cuasi-objetivos”.

Sin embargo, creemos que debe darse un paso más.

¿En qué consiste el “interés superior”? Lo que los anglosajones denominan *best interest* en una traducción literal nos daría “mejor interés”, lo que añade un matiz esencial de comprensión en su interpretación. La *Mental Capacity Act* de 2005

45 Moisdon-Chataigner, S., *Vulnerabilité et liberté...* op. cit. p. 9: “Il ne s’agit pas que de permettre à la personne âgée protégée d’agir seule (engagements patrimoniaux et personnels) mais d’être certain, le plus possible, qu’en cas de carence de son consentement, le choix réalisé est le plus conforme à sa volonté, au-delà même de ses intérêts”.

46 Álvarez Lata, N., *El proceso de toma de decisiones...* op. cit. p. 37.

del Reino Unido, dedica su artículo 4, no a definirlo, sino a cómo ha de buscarse este *best interest* de la persona protegida que, en realidad, consiste en buscar su voluntad, deseos y preferencias. Consagra con ello la idea de que el “interés superior” no es algo abstracto y objetivo, sino subjetivo: lo que para esa persona sea lo mejor, de acuerdo con sus valores, preferencias, estilo de vida, deseos y opciones vitales. En palabras de Bartelett⁴⁷, debe tenerse en cuenta tanto el interés superior definido objetivamente, como el subjetivo, es decir, el que es acorde con sus deseos, sentimientos y valores.

La sutilidad de la cuestión se pondrá de manifiesto en el día a día del ejercicio de la medida. Aquí reside toda la dificultad del respeto de la autonomía. No es evidente encontrar un punto de equilibrio entre protección y autonomía. Como propone⁴⁸ el documento de apoyo de la Anesm, la aparente contradicción entre la promoción de la autonomía y la medida de protección se supera si consideramos esta última “no como una restricción de la capacidad de la persona sino como un elemento de compensación de la discapacidad”. A pesar de aceptar este planteamiento, la cuestión se presentará complicada en la práctica.

Debemos tener en cuenta que la finalidad de la medida de protección es permitir a la persona el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás pero esas “medidas pertinentes”, además de ser proporcionales y estar personalizadas, por imperativo del artículo 12 de la Convención, han de proporcionar “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos e influencias indebidas y para que “las personas con discapacidad no se vean privados de sus bienes de manera arbitraria”.

Quizás es aquí donde debemos buscar una de las claves para establecer los límites: evitar las influencias indebidas y los abusos. De ahí la importancia de establecer apropiadamente las salvaguardias porque, si estas son eficaces, disminuyen los riesgos y, por tanto, aumentan la autonomía. Veamos.

4.5.2. Las salvaguardias como instrumento para preservar la autonomía

La medida de protección, si respeta todos los principios a los que hemos hecho alusión, y se establecen las salvaguardias para impedir abusos e influencias indebidas crean un “entorno protegido” en el que se puede desarrollar con mayor intensidad la autonomía. Como reconoce el documento de la Anesm que acabamos de citar, la seguridad que se crea “puede ser el comienzo de un espacio de libertad”. En esos entornos protegidos, la autonomía puede ser mayor, incluso total ya que las salvaguardias limitan o impiden las posibilidades de perjuicio.

47 Bartelett, P., *Capacité Juridique, limitation de la liberté d’aller et venir et droits de l’homme*, RDSS, diciembre 2015, p. 995.

48 Document d’appui relative à la recommandation de bonnes pratiques... op. cit. p. 14: “Il peut y avoir une contradiction apparente entre la promotion de l’autonomie et la protection de la personne qui limiterait son autonomie. Cette contradiction est levée dès lors que la mesure de protection est considérée, non pas comme une restriction des capacités de la personne, mais, comme un élément de compensation du handicap”.

Estas salvaguardias deben impedir las influencias indebidas cuyo origen puede ser muy variado: el entorno, terceros, la propia persona que ejerce la medida.

Hemos de ser especialmente exigentes en preservar la autonomía en todos los aspectos que se refieran, afecten o tengan impacto directo en la vida corriente, en el día a día de la persona, tanto en los aspectos personales como patrimoniales. Ello afecta a cuestiones como la gestión del dinero para los gastos corrientes o a otras como la elección del lugar de residencia, cómo, dónde y con quien quiere vivir, cuestión a la que la Convención dedica el artículo 19, o a la libertad de circulación, consagrada por el artículo 14, cuestión sobre la que la jurisprudencia de los países de nuestro entorno ha evolucionado enormemente en los últimos años⁴⁹. Se trata, en último término, de fomentar la autonomía de la persona para lograr su plena participación en la sociedad y, para ello, es necesario, imprescindible, preservar ámbitos de decisión en el día a día y mantener, siempre que sea posible, los mecanismos de actuación ordinarios. Especialmente relevante es la gestión del dinero para gastos corrientes (el mal llamado dinero de bolsillo), para el que deben buscarse instrumentos que permitan tener acceso a los servicios bancarios ordinarios con total autonomía. Si se establecen las salvaguardias oportunas, esa autonomía no podrá generar un perjuicio o sólo un perjuicio muy limitado ya que la salvaguarda actúa como “cortafuegos”. Para ello es necesaria la colaboración de las entidades bancarias, lo que no siempre ocurre.

En todo caso debe preservarse, siempre que sea posible, la iniciativa de la persona en la toma de decisiones, aunque para realizar el acto concreto en el que desemboca una decisión se necesite un complemento de capacidad. Es decir, el complemento de capacidad actúa precisamente como salvaguardia para evitar las influencias indebidas o los abusos impidiendo, por ejemplo, la venta de un inmueble en condiciones perjudiciales para la persona protegida. Sin embargo, esta conservará la iniciativa para la venta. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias como la 421/2013⁵⁰.

No es posible admitir la premisa de la Observación de Naciones Unidas que parece dar a entender que la autonomía no tiene límites, ni siquiera el perjuicio

49 Para saber más sobre esta cuestión, ver, Lacour, C., *Restreindre la liberté d’aller et venir des personnes âgées? L’épineuse question de la capacité à consentir des personnes atteintes de troubles cognitifs*, RDSS, diciembre 2015, p. 983; Eyraud, B., *La liberté d’aller et venir comme révélateur du tournant juridique des régulations du soin en santé mentale*, RDSS, diciembre 2015, p. 951; Renaudie, O., *conseil constitutionnel, liberté d’aller et venir et protection des personnes souffrant de troubles mentaux*, RDSS, diciembre 2015, p. 963.

50 Esta sentencia establece un régimen de curatela en el que la persona protegida “conserva su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. [El curador] controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)”. Fuera del reconocimiento de esa capacidad de iniciativa la sentencia merece una crítica, no sólo por la terminología empleada sino por la extensión de la medida, que incluye los actos *mortis causa*. No vemos cómo va a ser posible que el curador complemente la capacidad en un acto personalísimo como el testamento en el que se puede pedir el informe de un facultativo pero en el que no es posible la intervención del curador.

para la persona protegida. Si fuera así ¿qué sentido tendría que siguiéramos hablando de las “medidas pertinentes” y de las “salvaguardias” para evitar abusos o que “las personas con discapacidad no se vean privadas de sus bienes de manera arbitraria” como exige el último inciso del artículo 12 de la Convención?

Especial atención ha prestado a ello la Ley francesa de 28 de diciembre de 2015 que establece prohibiciones para impedir que, no sólo el tutor o curador, sino cualquier persona que intervenga en el domicilio de una persona protegida en el marco de una intervención social o médico-social, incluyendo trabajadores o voluntarios, puedan recibir donaciones, herencias, legados o ventajas financieras de cualquier tipo, aunque, como señala Mallet⁵¹, los regalos de uso siguen siendo posibles.

5. El proceso de toma de decisiones

Como ya hemos adelantado, el centro de gravedad del ejercicio de la capacidad jurídica es el proceso de toma de decisiones. Así se plasma en la Convención que se refiere expresamente a la cuestión en el artículo 3.

Especialmente relevante es este proceso cuando la necesidad de establecer un instrumento de protección se deba a la existencia de una enfermedad mental que, por su interacción con otras circunstancias, implique instaurar una medida de protección. En estos casos se hace más patente la necesidad de reforzar la autonomía, respetar la voluntad, las preferencias y opciones vitales de la persona protegida. La incidencia de la enfermedad mental puede añadir un plus de complejidad a la intervención de la persona que ejerce la medida, pero, al mismo tiempo, las posibilidades de recuperación de la plena autonomía son mayores que cuando la causa tiene su origen en una discapacidad intelectual o en una enfermedad neurodegenerativa como el Alzheimer.

Por ello, en estos casos, quien ejerza la medida deberá ser especialmente cuidadoso en favorecer el empoderamiento de la persona a través del proceso de toma de decisiones. La enfermedad mental puede afectar enormemente a lo que podemos denominar “autonomía decisional” de la persona. Una de las dificultades de su labor derivará de la necesidad continua de adaptarse a la evolución de la enfermedad y a cómo esta incide en la autonomía, que podrá sufrir altibajos. Deberá prestar atención a la necesidad de intensificar o reducir su intervención en función de la variación de esas circunstancias para, como dijo Joseph Campbell⁵² refiriéndose a una crisis de esquizofrenia, acompañar y

51 Mallet, E., *Accompagnement du vieillissement: les principales mesures contenues dans la loi du 28 décembre 2015*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 1, 8 de enero de 2016, p. 3: “Plus précisément, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes preses en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration, ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité”.

52 Campbell, J., *Esquizofrenia: el viaje interior*, en “Los mitos. Su impacto en el mundo actual”, Kairós, 2014, p. 295: “Interpretada desde este punto de vista, una crisis esquizofrénica es

ayudar en el “viaje interior y de regreso, en el que se busca hallar algo olvidado o perdido y con ello restablecer el equilibrio vital”. Deberá ajustar su intervención al momento concreto, a las necesidades concretas, dentro de la extensión y la intensidad que haya fijado la resolución judicial, con el objetivo de restablecer ese “equilibrio vital” que alcanzará reforzando, fortaleciendo, precisamente, su autonomía decisional.

Para analizar esta cuestión, debemos partir de la idea de que cada persona tiene su propio proceso de toma de decisiones y que éste es extrajurídico; es un proceso mental en el que el ordenamiento jurídico puede proporcionar instrumentos y medidas que faciliten, ayuden, apoyen en la toma de decisiones, incluso, si es necesario, que permitan la toma de decisiones por representación, pero la cuestión no se puede abordar única ni prioritariamente desde un punto de vista jurídico.

5.1. Una cuestión pluridisciplinar

Es esta visión la que debe provocar una mayor novedad en los sistemas de protección, ya que obliga a la persona que ejerce la medida (tutor o curador a día de hoy) a superar la visión reducida de la cuestión que respondía a los esquemas clásicos en los que se consiente por una persona o se complementa su capacidad en uno o varios actos o negocios jurídicos. Es decir, su intervención se concentra en la fase en la que se presta el consentimiento pero no en la de la formación de la voluntad.

La misión fundamental ya no será esa, sino, como hemos visto, acompañar, ayudar o apoyar en la toma de decisiones o tomar la decisión en representación, pero utilizando para ello los mecanismos de decisión que corresponden a la persona protegida, sus preferencias, valores, deseos... Para que ello sea posible hay que recurrir a conceptos extrajurídicos como la empatía y, para explicarla tomamos prestado el concepto⁵³ que ofrece la Unión Nacional de Asociaciones Familiares de Francia (UNAF): “la aptitud caracterizada por un esfuerzo de comprensión del otro, de sus sentimientos y de sus emociones, excluyendo toda implicación afectiva o juicio moral”.

Un alto nivel de empatía es muy difícil de alcanzar si no se tienen las competencias para ello. El Centro de Estudios de la Universidad de la Trobe, en Australia, *Living with Disability*, a través de uno de los estudios que ha realizado

un viaje interior y de regreso, en el que se busca hallar algo olvidado o perdido, y con ello restablecer el equilibrio vital. Así que dejemos que el viajero parta. Ha caído y se hunde, a punto de ahogarse; pero, al igual que en la antigua leyenda de Gilgamesh y su profunda y larga inmersión hasta el fondo del mar cósmico para conseguir los berros de la inmortalidad, también en las profundidades hay algo de gran valor para él. No le desconecten de ello; ayúdenle en la travesía”.

53 Fondard, F., y Leneuve, G., *Ethique et Déontologie, enjeux, pratiques et perspectives*, Unaf, 2010, p. 3: “Cette aptitude, caractérisée par un effort de compréhension de l’autre, de ses sentiments et des ses émotions, exclut toute implication affective et jugement moral. Elle permet à l’intervenant de conserver la distance appropriée. Une bonne connaissance de l’autre favorise un meilleur accompagnement”.

la profesora Bigby⁵⁴ sobre la cuestión, ha llegado a la conclusión de que esas competencias incluyen habilidades en comunicación, conciencia de sí mismo, capacidad para el debate reflexivo, habilidades de resolución de conflictos y conocimiento de las estrategias para adaptar el proceso de toma de decisiones al caso concreto. Como para adquirir cualquier otra competencia, la formación se hace indispensable.

Sólo así será posible ayudar en la toma de decisiones, lo que se califica como un proceso “complejo, dinámico y frecuentemente caótico, por lo que es esencial la función de quienes lo van a hacer de una manera profesional”. En este proceso es necesario integrar no sólo aspectos jurídicos sino también psicológicos, filosóficos y éticos⁵⁵. Según el documento de la Unaf sobre ética y deontología⁵⁶, es esencial la tolerancia y el respeto del otro, lo que se traduce en la capacidad de abrirse a la diferencia y a la novedad con el límite del respeto de la ley y de la existencia de un peligro.

5.2. El cuestionamiento ético en la toma de decisiones

Es importante pues, abordar la cuestión desde un punto de vista pluridisciplinar, situando en primer plano las cuestiones éticas⁵⁷. Ha de fomentarse una reflexión ética de la persona que ejerce la medida en la que se cuestione su propia actuación. Especialmente importante es esta perspectiva cuando se trata del ejercicio profesional. Esta reflexión puede además ser muy útil para evitar la inacción ante situaciones especialmente complicadas ya que, como ha puesto de manifiesto la Anesm⁵⁸, por su complejidad, duración, o por la dureza de ciertas situaciones,

54 Bigby, C., *Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making. Processes and Dilemmas*, La Trobe, Australia, 2015, p. 2: “The skills and knowledge required included communication skills, self-awareness, the capacity for reflective discussion, conflict resolution skills, and knowledge of strategies for tailoring the decision making process to the individual”.

55 El Centro de Investigación de la Universidad de La Trobe, en Australia, experto en las cuestiones de Apoyo en la toma de decisiones así lo pone de manifiesto en su informe *Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making*, dirigido por la profesora Christine Bigby y publicado en 2015: “Supporting people with cognitive disability to make decisions needs to be underpinned by the philosophical principles of supported decision making”.

56 Fondard, F., y Leneveu, G., *Ethique et Déontologie...* op. cit. p. 5: “Le professionnel prend en consideration les valeurs et le mode de vie, sans interférence de ses jugements personnels. La tolérance et le respect de l’autre reposent sur une capacité à s’ouvrir à la différence et à la nouveauté, dans la limite du droit et de la mise en danger des personnes”.

57 Como ha expuesto el “Markkula Center for applied ethics” de la Universidad de Santa Clara en Estados Unidos, en el trabajo *Framework for thinking ethically*, tomar buenas decisiones éticas requiere una sensibilidad entrenada a las cuestiones éticas y un método practicado para explorar los aspectos éticos de una decisión y ponderar las consideraciones que deben afectar nuestra elección. Tener un método para la toma de decisiones éticas es absolutamente esencial. Cuando se practica regularmente, el método se vuelve tan familiar que trabajamos a través de él de forma automática sin consultar los pasos a seguir.

58 Agence nationale de l’évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux de Francia, *La bientraitance: définition et repères pour la mise en oeuvre*, 2008, p. 35: “Par leur complexité, leur durée, la dureté des expériences humaines auxquelles elles renvoient, les situations dans lesquelles se trouvent les usagers mettent

hay casos en los que los profesionales se encuentran delante de situaciones en las que “ninguna postura fijada con carácter previo ni ningún funcionamiento preestablecido puede dar respuesta”.

Como ha propuesto Rude-Antoin⁵⁹, es necesario incorporar el llamado “cuestionamiento ético” al ejercicio de la medida de protección. La persona que ejerce la medida debe interrogarse regularmente sobre su actuación. La Anesm⁶⁰, ha desarrollado un método de cuestionamiento ético de carácter colectivo dirigido a los profesionales. El punto de partida es la consideración de la ética como la reflexión que pretende determinar el “buen hacer” teniendo en cuenta las restricciones relativas a situaciones determinadas (¿es que hago bien?, ¿en qué beneficia mi intervención a la persona protegida?, ¿está justificada mi intervención en este caso concreto?, ¿está justificada determinada regla?). Es un cuestionamiento permanente de las orientaciones generales por el acto singular.

Tiene un aspecto individual y otro colectivo y designa una forma de interrogarse “sobre la acción bajo el ángulo de los valores buscando sobrepasar una lógica de acción puramente técnica”. Pretende facilitar una decisión “justa”, en una situación concreta, en un momento concreto. Por ello, es un proceso de ida y vuelta entre el caso particular y las soluciones generales. Es la confrontación a las dificultades de cada caso el que ha de provocar el cuestionamiento para facilitar la toma de decisión⁶¹.

5.3. El aspecto jurídico de la toma de decisiones

Este nuevo enfoque exige un esfuerzo de adaptación. Especialmente complicada será la adaptación de la legislación por las dificultades que genera incorporar a la ley lo que son relaciones humanas. A menudo se dice que el Derecho civil no es el campo apropiado para ello y se apela al Derecho social, constitucional... Nada más alejado de la realidad. El Derecho civil es el que nutre de consecuencias jurídicas todas las relaciones humanas, desde que nacemos, y

parfois les professionnels devant des questions sans réponse immédiate, auxquelles aucune posture fixée à l'avance ni aucun fonctionnement préétabli ne peut répondre. Pour que cette expérience de l'impasse de l'action, de l'incertitude ou de la souffrance, ne conduise pas les professionnels à se décourager ou à perdre leur créativité, il est recommandé que les équipes aient la possibilité d'avoir ensemble un questionnement éthique susceptible, faute de pouvoir résoudre toutes les difficultés qui se présentent, d'amener au moins une ressource de pensée indispensable pour maintenir vivant le désir d'agir pour et avec l'autre”.

59 Rude-Antoine, E., *D'éthique et de déontologie: l'intérêt du questionnement éthique en protection juridique des majeurs*, Ethique et Famille, Tome 1, L'Harmattan, mars 2011.

60 Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux de Francia, *Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 2010, p. 14.

61 Anesm, *Le questionnement éthique...* op. cit. p. 21: “Les concepts et les questions de fond, en matière d'éthique prennent corps lorsqu'ils sont liés à des interrogations qui se posent dans la pratique professionnelle. L'implication des participants et l'ancrage dans les pratiques renforcent la qualité des échanges et la motivation des acteurs. Quelle que soit la porte d'entrée, la réflexion éthique est nourrie par alternance entre une tendance à généraliser ou objectiver et la confrontation à des situations concrètes”.

antes, hasta después de nuestra muerte. Este es precisamente su campo de actuación: los efectos jurídicos de las relaciones humanas. Para ello, aporta la técnica jurídica necesaria para garantizar la seguridad jurídica, que es esencial si no queremos crear un sistema impreciso, lleno de vaguedades y de buenas intenciones no concretadas en efectos jurídicos que se traduzca, finalmente, en la imposibilidad de que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos de manera eficaz y en igualdad de condiciones que los demás.

Pero, como toda técnica jurídica, ha de tener una aproximación a la realidad social, humana, a la que se aplica. Para ello, ha de incorporar a la norma una perspectiva pluridisciplinar. Aunque difícil, no es imposible. Hay ordenamientos jurídicos que lo han conseguido. La prueba es el artículo 4 de la *Mental Capacity Act* de Reino Unido, que establece una guía para las personas que ayudan a tomar la decisión o que la toman en representación cuando ello es necesario, en la que se indica que, huyendo de un procedimiento estereotipado, se deben valorar las circunstancias de cada caso y se establecen los pasos que deben darse para tomar una decisión teniendo en cuenta el “interés superior” de la persona protegida:

1. La primera regla que establece consiste en no dejarse influir por la edad, la apariencia, aspecto o comportamiento de la persona, lo que podría conducir a realizar suposiciones injustificadas sobre sus intereses o sobre su voluntad.
2. Antes de tomar la decisión debe considerar si parece probable que la persona recupere su capacidad para tomar la decisión en cuestión y, si es así, cuando se estima que esto podría ocurrir.
3. En tercer lugar, debe, en la medida que sea razonablemente posible, permitir y alentar la participación de la persona y mejorar su capacidad para participar tanto como sea posible en todo acto hecho para él y en cualquier decisión que le afecte.
4. Debe considerar, en la medida que sea razonablemente comprobable, los deseos y sentimientos pasados y presentes de la persona, las creencias y valores que podrían influir en su decisión y otros factores que hubiese podido considerar si hubiese tenido capacidad.
5. Debe tomar en cuenta, si es posible y apropiado consultarles, los puntos de vista de las personas por él designadas para ser consultadas en la cuestión que se decide, de cualquier persona comprometida en su cuidado, o de los apoderados que hubiese nombrado.
6. De acuerdo con lo que establece el Código de práctica de la *Mental Capacity Act* de Reino Unido⁶², la complejidad del proceso de toma de decisiones

⁶² *Code of Practice*, issued by the Lord Chancellor on 23 april 2007, p. 68: “When working out what is in the best interest of the person who lacks capacity to make a decision or act for themselves, decision-makers must take into account all relevant factors that it would be reasonable to consider, not just those that they think are important. They must not act or make a decision based on what they would want to do if they were the person who lacked capacity”.

hace que la persona que ejerce la medida de protección deba adaptarse continuamente, teniendo en cuenta otras “circunstancias relevantes” de cada caso, que es algo que cambia a cada momento y de un caso a otro.

Para que este proceso pueda culminar con éxito, es necesario crear la relación de confianza. Esta relación ha de ser equilibrada ya que, como pone de manifiesto el documento de apoyo de la Anesm⁶³, la relación está basada en una asimetría que se puede transformar muy fácilmente en relación de dominación contra la que hay que luchar. Es necesario conocer a la persona, y debe tenerse en cuenta la noción de “consideración” que permite respetar la alteridad, la singularidad de la persona, y a la vez estar disponible para intentar comprender a la persona, insistiendo en la idea de que primero hay que “entender”, es decir, escuchar.

Este documento hace referencia a las condiciones necesarias para establecer la relación de confianza que han puesto de manifiesto los profesionales que, en Francia, ejercen la medida⁶⁴: “es esencial mantener la palabra, es decir, comprometerse a hacer lo que se ha dicho. Además hay que asegurar a la persona. No hay que cambiar demasiado sus costumbres, hay que ir a su ritmo, hacer las cosas progresivamente.... Ciertos profesionales señalan que el humor es, a veces, una “manera adaptada” de crear la relación”.

Una vez establecida la relación de confianza se hace posible un proceso de acompañamiento en la toma de decisiones que comprendería varias fases, diferentes en función de que se trate de un acompañamiento en la toma de decisión o de una decisión en representación. En este último supuesto, es esencial tener en cuenta la *check-list* a que hemos hecho alusión de la ley británica.

Cuando se trata de acompañar en la toma de decisiones deben tenerse presentes unos parámetros que los códigos de buenas prácticas y algunos textos legales de los países de nuestro entorno han consolidado y que, con las adaptaciones oportunas, podríamos resumir en cinco exigencias a las que nos referimos a continuación:

1. Lo primero es **escuchar**. En un trabajo de campo⁶⁵ realizado por la Anesm, se puso de manifiesto que es esencial dar la palabra a la persona, incluso cuando “hay un desfase entre sus deseos y la realidad, porque hay que reconocer que el otro es capaz de entender que no todo es posible”.

63 Document d'appui... op. cit. p. 22: “La relation professionnel-usager est para ailleurs fondée sur une asymétrie qui peut facilement se transformer en relation de domination. Les professionnels disposent de connaissances que n'ont pas les majeurs, placés, de fait, dans une position d'infériorité”.

64 Document de appui... op. cit. p. 23.

65 Document d'appui... op. cit. p. 19: “Une association d'usagers explique “ce que est essentiel, c'est la reconnaissance de la parole de la personne. Y compris, lorsque'il y a un décalage entre ses souhaits et la réalité. Il faut reconnaître que l'autre est capable d'entendre que tout n'est pas possible”.

2. En segundo lugar es necesario **informar**. La persona debe tener toda la información necesaria, la cual se le debe facilitar de manera comprensible y objetiva, eliminando toda posibilidad de manipulación a través de la filtración u omisión de cierta parte de la información o a través de la forma en que esta se presenta. Esto no impide que haya de prestarse atención al contenido de la información adaptándola a cada situación, así como también a la elección del momento oportuno para transmitirla.
3. La transmisión de la información no será suficiente sino que será necesario **explicar**, resolver dudas, hacer ver a la persona el balance de beneficios y riesgos.
4. Se deben **respetar** los ritmos y tiempos de cada persona en la toma de decisiones.
5. Por último se debe **acompañar** en la toma de decisión sin realizar juicios de valor ni analizar la decisión con la perspectiva de los propios valores, aceptando, además, el derecho que tiene la persona de cambiar de opinión.

Podríamos preguntarnos que tiene todo esto de “aspecto jurídico”. Aunque puede sorprender, la respuesta es: todo. El proceso de toma de decisiones no es otra cosa que lo que jurídicamente se considera la formación de la voluntad cuya manifestación es el consentimiento. En la literatura jurídica civilista del último siglo se han escrito miles, por no decir millones, de páginas sobre la cuestión de la formación de la voluntad. Y en otras esferas del Derecho civil se ha desarrollado en profundidad. Desde el ámbito de los contratos en general, al regular los vicios del consentimiento, hasta los contratos con consumidores en los que se regula expresamente la información que debe darse al consumidor, por no hablar del consentimiento médico informado.

Es decir, que a pesar de que pudiera parecer novedoso tener en cuenta este proceso de toma de decisiones desde un punto de vista jurídico, en realidad no lo es tanto. Si lo es el hecho de integrar esta perspectiva de forma transversal en todas las cuestiones que afecten o se refieran a la persona protegida, al proceso de formación de su voluntad, que puede culminar o no en un consentimiento para un acto o negocio jurídico concreto.

Precisamente sobre el proceso de formación del consentimiento de las personas vulnerables, la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos del Hombre de Francia ha emitido un Dictamen con fecha 16 de abril de 2015. En dicho dictamen⁶⁶ se subraya que el consentimiento es casi siempre el producto de

66 Commission Nationale Consultative des Droits de L’Homme, *Avis su le consentement des personnes vulnérables*, Assemblée plénière du 16 avril 2015, p. 15: “Nos auditions et débats ... ont également montré que le consentement était quasi systématiquement le produit et le lieu d’une tension, entre le souhaité et le possible, entre des désirs et des intérêts contradictoires, entre une volonté individuelle et une autorité ou une norme... Cette tension fait que le consentement peut difficilement se réduire à une opposition binaire entre un oui et un non absolus, et tant le contexte que les rapports inégalitaires entre individus peuvent altérer la qualité du consentement qui alors n’est plus réellement ni libre ni éclairé. Il est donc indispensable d’accorder une attention toute

una tensión, entre lo que se desea y lo posible, entre los deseos y los intereses contradictorios, entre la voluntad individual y la autoridad. Esta tensión hace que el consentimiento no pueda reducirse a una oposición binaria entre un sí o un no absoluto, por lo que entiende que “una dialéctica en tensión permanente debe ser la regla en materia de consentimiento, lo que excluye toda respuesta unívoca, simplista o simplificadora”.

En nuestro país, se hace urgente un cambio legislativo que incorpore esta perspectiva a la regulación del procedimiento de protección (a día de hoy de modificación de la capacidad). El legislador también tiene su propio proceso de decisión. Y sus tiempos. Mientras llega el cambio legislativo, toda la responsabilidad recae sobre los jueces y las personas que ejerzan la medida.

Mientras llega, la práctica la puede asumir. No es incompatible con el sistema de curatela ni con el de tutela. Al contrario, se puede integrar perfectamente en su ejercicio. En realidad, así entendida, conforme a la Convención de Naciones Unidas, la misión del tutor o del curador es más compleja que lo que hoy se considera. Consiste en acompañar en ese proceso de decisión, de formación de la voluntad, para evitar que exista un vicio que anule el consentimiento. A ello se añade la posibilidad, cuando sea necesario, de que complemente el consentimiento o de que actúe en representación de la persona protegida si ese es el único camino que existe para que esta pueda ejercer sus derechos, si las circunstancias lo hacen necesario.

La intervención del tutor o del curador es la “salvaguardia” que exige el artículo 12 de la Convención para evitar los abusos y la influencia indebida pero también para impedir el no ejercicio de un derecho. De su actuación dependerá que el consentimiento sea válido y, con la nueva perspectiva que hemos tratado de explicar en estas páginas, sólo será válido si el consentimiento manifestado por la persona o por su representante, corresponde fielmente a la voluntad de la persona protegida, la cual se ha formado, cuando así sea necesario, con la ayuda de la persona que ejerce la medida.

No es tarea fácil ni sencilla. Nadie dijo que lo fuera. Este cambio de perspectiva exigirá nuevos esfuerzos, aún más, en el ejercicio de un cargo que tiene más de deber que de poder, más de sacrificio que de recompensa, más de sacerdocio que de profesión civil.

particulière aux conditions du recueil de ce consentement et de veiller dans la mesure du possible à son actualisation régulière. Une dialectique en tension permanente doit sans doute être la règle en matière de consentement, ce qui exclut toute réponse univoque, simpliste ou simplificatrice”.

La protección del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada judicialmente

María del Mar Heras Hernández
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

«...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»

(art. 1 de la Convención de Naciones Unidas)

1. Previo

Si bien la protección jurídica dispensada a favor de la persona con discapacidad psíquica a través de distintos mecanismos tuitivos se ha visto dirigida tradicionalmente y de forma reduccionista a preservar su patrimonio⁶⁷, debe incidirse en el pleno reconocimiento de un ejercicio personal de los derechos humanos y libertades públicas, en igualdad de condiciones, en todos los ámbitos de su vida política, económica, social y cultural conforme al modelo de protección diseñado por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: un modelo basado en los derechos⁶⁸ en el marco de una nueva concepción de la discapacidad, que se intuía ya, en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud (CIF 2001).

Presupuesta la diversidad o «pluridiscapacidad», como valor que realza la discapacidad, se hace necesario delimitar el objeto de este estudio, referido a la persona en situación de discapacidad psíquica, de tal entidad, que compromete la toma de decisiones y, por tanto, la gestión de sus intereses personales y económicos, mediando un pronunciamiento judicial en tal sentido. Este trabajo se ocupa de la protección de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad atendiendo a la propia singularidad de la persona protegida: derecho al honor, intimidad personal, familiar e imagen y el derecho subjetivo público al sufragio universal activo.

67 Con razón ha sido calificada como «protección esencialmente patrimonializada» por VIVAS TESÓN, I, «Más allá de la capacidad de entender y querer: Algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces», *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albasa*, coord. Cuenca Casas/Anguita Villanueva/Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pg. 1662. En efecto, la protección patrimonial de la persona protegida ha dado lugar a un auténtico entramado de normas jurídicas tendentes a prevenir y controlar los actos de disposición que realizan quienes ejercen el cargo de tutor o curador.

68 ÁLVAREZ LATA, N, y SEOANE, A, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, enero-diciembre 2010, pg. 17.

2. Análisis general

2.1. Titularidad de los Derechos Fundamentales y Derechos de la personalidad. El respeto a un ejercicio personal y efectivo en un contexto de protección

Las personas con capacidad modificada judicialmente ostentan la titularidad de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE, que se interpretaran conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE), en igualdad de condiciones que el resto de personas, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación en su ejercicio (art. 14 CE), todo ello desde la consideración del mandato constitucional que se impone a los poderes públicos en el art. 49 CE⁶⁹.

La Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006⁷⁰ reconoce la titularidad de los derechos fundamentales⁷¹, así como la efectividad y no discriminación en su ejercicio, requiriéndose de la adopción de cuantas medidas –legislativas, administrativas o cualquier otra índole–, sean necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención (art. 4.1.a). De este modo se precisa articular mecanismos que permitan conjugar el ejercicio personal con la protección necesaria para prevenir que estas personas se conviertan en el blanco de todo tipo de abusos.

2.2. Bases de una protección garantista del ejercicio efectivo y personal

Los derechos se ejercen por sus titulares de manera personal⁷², presupuesto de la dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad, en atención a la capacidad natural de su titular en un contexto de protección basado en los principios de necesidad⁷³

69 En la STC 174/2002, de 9 de octubre, RTC 2002, 174, se expresa que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, LEG 1948, 1, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona. Toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

70 Artículo 12 de la Convención.

71 STS 29 de septiembre de 2009, RJ 2009, 2901, del Pleno; STS 11 octubre 2012, RJ 2012, 9713.

72 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, LCEur, 2000, 3480, declara en su artículo 26, dedicado a la Integración de las personas discapacitadas, que: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

73 Solo cuando se desvirtúe el principio *pro capacitate* ex art. 322 CC y 199 CC, mediante sentencia judicial, ante la concurrencia de una discapacidad psíquica permanente y grave con incidencia en la gestión personal o patrimonial. Esta premisa excluye actuaciones arbitrarias o que implican la vulneración de sus derechos fundamentales o maquillen otro tipo de intereses. En este sentido: STS 19 mayo 1998, RJ 1998,3378; STS 28 de julio de 1998, RJ 1998,6134; STS 20 noviembre 2002, RJ 2002,10266; STS 14 julio 2004, RJ 2004,5204.

proporcionalidad⁷⁴; individualización y temporalidad⁷⁵. Dos precisiones: la capacidad natural se refiere tanto a la consciencia del titular del derecho sobre el acto de ejercicio o renuncia en sí, como a las consecuencias que de ello se derivan. El libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.2 CE, comporta la facultad de decidir y dirigir todos los aspectos de la vida de la persona sin interferencias, respetando los límites legales y el ejercicio de los derechos por otros titulares⁷⁶.

Esta protección se ejerce bajo la salvaguarda de la autoridad judicial⁷⁷ y la superior vigilancia del Ministerio Fiscal⁷⁸ que interviene como garante del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. En los supuestos en los que la persona se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, esta protección se verá reforzada, conforme a lo dispuesto en el art. 239 bis del Código civil, por la obligación de las entidades públicas competentes de asumir la tutela de las personas con la capacidad judicialmente modificada ante la concurrencia de dos circunstancias concretas de desprotección que tienen como denominador común la generación de una tutela vacante por razón de la imposibilidad de nombrar tutor conforme a las reglas ordinarias previstas en el art. 234 CC o la declaración de desamparo de la persona con capacidad modificada

74 En este sentido el art. 12.4 de la Convención y el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando declara que: «1. *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*».

75 Arts. 12, 18, 20 y 22 de la Convención en aras a adoptar medidas de protección revisables. Sobre el impacto de la Convención PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M, C, «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», Derecho Privado y Constitución, nº 23, 2009, pgs. 335-368. PEREÑA VICENTE, M, «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica» en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs. 194-205. También en «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», La Ley, 2011-4, D-33, pgs. 1419-1428.

76 ESCRIBANO TORTAJADA, P, «Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. Cuenca Casas/Anguita Villanueva/ Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pgs.137-159.

77 Precisamente, con motivo de la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y con la finalidad de incrementar las facultades que corresponden a los Secretarios Judiciales, se concretan sus competencias en orden a la protección de las personas con la capacidad modificada judicialmente. En este punto conviene advertir que el Secretario Judicial ha pasado a denominarse Letrado de la Administración de Justicia en virtud de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, Ley 6/1985, de 1 de julio. Véase en este sentido la reforma operada en los arts. 259, 263 y 264 CC, ahora modificados por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

78 Vid Instrucción nº 3/2010 de 29 de noviembre de la Fiscalía General del Estado sobre la necesaria fundamentación individualizada de medidas de protección o apoyo en procedimientos sobre su determinación, JUR 2010\403746. También la Instrucción de 21 de diciembre de 2010 sobre medidas de protección para determinar la capacidad de las personas.

judicialmente, situación asimilable en la práctica a la desasistencia moral y material por razón de un incumplimiento o ejercicio negligente del cargo⁷⁹.

Definitivamente el principio de respeto absoluto al ejercicio personal de los derechos universales, referidos a todos, ha de ser una constante en el desempeño de las funciones propias del régimen de protección –tutela, curatela o asistencia judicial–⁸⁰, así como el principio del entendimiento restrictivo de las «limitaciones» en el ejercicio de los derechos fundamentales, cuanto más, cuando se trata de derechos personalísimos en los que no cabe ejercicio mediante representación legal o voluntaria. Señalaba DE CASTRO⁸¹ que las facultades y acciones relativas a la esfera estrictamente personal no admiten su ejercicio por medio de otro. Tal es el caso del *ius connubi* o el derecho subjetivo universal a contraer matrimonio⁸²; el derecho a la testamentifacción activa ex art. 665 CC, –a salvo la limitación para otorgar testamento ológrafo que se ha incorporado en alguna

79 Como consecuencia: «del incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor», según se determina en el párrafo tercero del art. 239 bis del Código civil.

Conviene advertir como el art. 239 CC ha sido objeto de una importante revisión en todos sus términos hasta el punto de que se añade un nuevo art. 239 bis con motivo de la reforma operada por el art. 2.26 y 2.27 de la Ley de Protección a la Infancia y Adolescencia, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En virtud de esta reforma se desdobra la protección de menores y de las personas con capacidad judicialmente modificada en situación de desamparo bajo la tutela de las entidades públicas competentes. Sobre el originario art. 239 y sus dificultades interpretativas HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «La tutela administrativa a favor de los mayores incapaces», Actualidad Civil, nº 20, 2006, pgs. 2389-2407.

80 Sobre las particularidades de esta figura puede consultarse RIBOT IGUALADA, J, «La asistencia regulada por el Código civil de Cataluña: Perfiles y configuración jurídica», Revista de Derecho Privado, marzo-abril, 2014, pgs. 41-68. Como es sabido, el fundamento de esta asistencia judicial está presente en otros modelos cercanos a nuestro entorno jurídico, como el italiano, francés o alemán, con la presencia de figuras de naturaleza más flexible dirigidas a personas con disminución de algunas de sus capacidades relacionadas, con suma frecuencia, con la edad avanzada.

81 DE CASTRO, F, *Derecho civil en España*, T. II, Reus, Madrid, 2007, 15ª ed. Revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, pg.54.

82 Art. 23.1.a) de la Convención. El derecho a contraer matrimonio es un derecho universal protegido constitucionalmente (art. 32 y 53 CE). La solución que acoge nuestro Derecho positivo es que las deficiencias o anomalías psíquicas no constituyen en sí mismas un impedimento para contraer matrimonio (STS 29 abril de 2015, RJ 2015, 2208). Para el ejercicio de este derecho se comprueba la capacidad natural a través de la tramitación del previo expediente matrimonial conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56 del Código civil), toda vez que se requiere que la prestación del consentimiento matrimonial se haga en intervalo lúcido o con la consciencia de contraer matrimonio y de las consecuencias que del mismo se derivan. En este punto conviene traer a colación, que con efectos a 30 de junio de 2017, la Disposición Final 1ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha modificado el art. 56 CC estableciendo que: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario o Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». En el caso de que el consentimiento matrimonial no se hubiese prestado válidamente podrá instarse la nulidad del matrimonio.

sentencia judicial⁸³ por no contar con las garantías propias del testamento notarial– ; el derecho al sufragio universal activo o el derecho a decidir sobre todas las cuestiones relacionadas con la salud⁸⁴.

La protección que dispensan las fundaciones tutelares tiene carácter subsidiario o en defecto de aquella que se proporciona a la persona de forma preferente mediante la designación de tutor o curador entre quienes integran su ámbito familiar o afectivo más próximo ex art. 234 del Código civil⁸⁵. La persona protegida tiene derecho a permanecer en su ámbito familiar, social y cultural, esto es, en su entorno habitual. Sin embargo, las profundas transformaciones en las bases y fundamento de la familia tradicional, –hasta ahora núcleo básico de prestación de esta protección en forma de atención y cuidados–, han favorecido la creciente incorporación de la protección jurídica institucional a favor de fundaciones tutelares privadas sin ánimo de lucro por diversas causas: imposibilidad de designar tutor o curador entre los miembros de la familia; por falta de idoneidad de las persona mencionadas en el art. 234 CC, por razón de la edad, estado de salud, por la complejidad en la gestión del patrimonio o la existencia de conflictos de intereses con parientes llamados a la tutela que recomiendan reconducir la protección a entidades tutelares profesionalizadas⁸⁶. Pese a todo, la familia sigue desempeñando un papel relevante, pues son mayoritarios los casos en los que la iniciativa de poner fin a una situación de *facto* de disminución de las

83 Sentencia de Primera Instancia de Oviedo de 13 de octubre de 2011.

84 Art. 9.5 de la Ley 4/2002 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al declarar que: «*La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten asequibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar su consentimiento*». Sobre este particular PARRA LUCÁN, M, A, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», Aranzadi Civil, nº 2/2003, BIB 2003\284.

85 LEGERÉN MOLINA, A, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública: estudio del art. 239.3 del Código civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2012. GIL RODRÍGUEZ, J, «La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas Muñoz, La Ley/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pgs. 181-249. HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «Entre la tutela de familia y la tutela institucional: Dificultades prácticas en el nombramiento del tutor», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs.465-477.

86 STS 1 de julio 2014, RJ 2014, 4518. Sobre el proceso de formación tutelar en Francia puede consultarse MOISDON-CHATAIGNER, S, «La profesionalización de los cargos tutelares», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs. 413-419.

capacidades, procede de la propia familia⁸⁷. Asimismo, el respeto absoluto al derecho de la persona protegida a relacionarse con su entorno social y familiar justifica la relevancia de su intervención y apoyo que debe ser prestado, en todo momento, si ello fuera posible.

2.3. Incidencia de la sentencia de modificación de la capacidad

La sentencia judicial no puede alterar la titularidad de los derechos o el reconocimiento de la persona como sujeto de derechos y obligaciones, cualidad esencial que es inherente a la persona desde su nacimiento (art 29 CC). La titularidad se presenta absolutamente inmutable, esto es, sin que quepa modificación o restricción alguna. Tampoco puede incidir en el ejercicio de los derechos personalísimos de manera general o abstracta o con carácter previo, no solo porque ello supondría una vulneración de los valores constitucionales, sino porque el bien protegido es la persona, su capacidad de decisión y, por tanto, su libertad, debiendo primar el ejercicio personal y efectivo como manifestación del libre desarrollo de su personalidad y dignidad humana reconocido como valor supremo (art. 3 de la Convención). La función de la sentencia de modificación de la capacidad será concretar la medida de protección que se adopte en atención a las circunstancias concretas de la persona protegida, es decir, en atención a su propia singularidad (art. 215 CC)⁸⁸.

2.4. Contribuciones legales en garantía de esta protección

Entre las políticas legislativas adoptadas para favorecer la participación de las personas en situación de discapacidad en la vida política, económica, social y cultural, debe hacerse alusión a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por la que se incorporan modificaciones en distintos textos normativos para dotar de efectividad el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se

87 MOISDON-CHATAIGNER, S, «De la incapacité de fait a la protection de droit», en *Protéger les majeurs vulnérables*. Quelle place pour les familles?, dir. Karine Lefeuve/Sylvie Moïsdon-Chataigner, Presses de L'ÉHESP (L'École des Hautes Études de Santé Publique, Rennes, 2015, pgs. 77-87.

88 Como mecanismo para promover el ejercicio personalizado de los derechos se ha consolidado un cuerpo sólido de jurisprudencia que consiste en acudir a la curatela, al no ser propia de ella, ni la representación, ni la administración, frente al tradicional empleo de la tutela. En este sentido, la STS de 14 de octubre 2015, (JUR 2015,248781), así como la STS 13 mayo de 2015 (RJ 2015, 2023) en la que se declara la incapacidad parcial de una persona en situación de dependencia severa, reconocida administrativamente, con una discapacidad intelectual y auditiva severa. Se trataba de una mujer afectada por una demencia senil grave y una profunda sordera. Se le reconoce la «libertad de ambulación», con la conveniente asistencia –usa silla de ruedas–, así como el derecho a decidir si continua viviendo en su domicilio o en un centro residencial. Cuestiones, todas ellas, relacionadas con los derechos personales y libertades de su titular. Ahora bien, a nadie puede sorprender la existencia de supuestos en los que se requiera un régimen de protección que incluya la representación en la toma de decisiones reservado a supuestos de máxima gravedad que, sin embargo, no anulan por completo el margen de actuación de la persona, tal y como dispone el art. 267 CC.

aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad de refundir y armonizar distintas leyes⁸⁹. En todo caso, el modelo protección diseñado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela sigue plenamente en vigor a salvo las modificaciones incorporadas con motivo de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁹⁰.

Junto a esta normativa es preciso referirse, tanto a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la persona en situación de dependencia⁹¹, como a la Ley 27/2007, de 23 de octubre⁹², por la que se reconocen la lengua de signos españoles y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo ciegas.

Conviene añadir, en relación a la incidencia que en esta materia ha tenido la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, –Ley 15/2015, de 2 de julio–, que en sede de tutela se modifican algunos preceptos del Código civil con la finalidad de determinar las competencias atribuidas al Letrado de la Administración de Justicia, correspondiéndole, entre otras, dar posesión del cargo al tutor y curador de conformidad con lo dispuesto en el art. 259 CC en su nueva redacción. Se omite, por tanto, incorporar al Código civil en sede de tutela o curatela la nueva terminología empleada por el art. 45 LJV –personas con capacidad judicialmente modificada– para referirse a los incapacitados, como hubiera sido lo deseable y de la manera que se ha hecho, paradójicamente, en otras materias como la referida a la capacidad para celebrar contratos ex art. 1263; en la separación judicial ex art. 82.2 CC o en relación a la impugnación de la paternidad (art.137.1 CC). Finalmente, en materia de protección jurídico civil de los derechos de la personalidad, debe aludirse a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece el régimen de protección general, también para las personas con capacidad judicialmente modificada, poco atenta, sin duda, a sus necesidades.

3. Análisis particular de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar, en el hogar e imagen. Las actuaciones de quienes ejercen el cargo acordes con un ejercicio efectivo

Antes de entrar en el análisis del ejercicio de cada uno de estos derechos, hemos de señalar como el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la

89 Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal; y finalmente, la ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

90 Ha supuesto un relevante avance en el reconocimiento del ejercicio de los derechos, dado que en su Exposición de Motivos se señalaba ya, que cuando una persona con discapacidad tuviese capacidad suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en contra de su voluntad.

91 RCL 2006, 1926.

92 RCL 2007, 1926.

propia imagen son derechos de la personalidad reconocidos como derechos fundamentales en el art. 18 CE. El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones se presenta como una manifestación más del derecho a la intimidad personal a la que se refiere el art. 22 de la Convención, bajo la rúbrica del «Respeto a la privacidad» y en el art. 18.3 CE⁹³. Muy vinculados entre sí, cada uno de ellos presenta su particular fisonomía.

En principio, la protección jurídico-civil frente a las injerencias en los derechos de la personalidad no experimenta ninguna alteración por el hecho de que se perpetren utilizando internet en cualquiera de sus soportes: foros, chats, webs, blogs o por medio de distintas redes sociales: Facebook, Tuenti, Twitter, Google o LinkedIn. No obstante, la masiva incidencia del uso de internet, como mecanismo de comunicación e intercambio de informaciones, incrementa sobremedida el riesgo de que estos ataques resulten más invasivos y reprochables cuando la persona lesionada padece una disminución de sus capacidades intelectivas. Ello es así porque siempre puede cuestionarse la capacidad real de la persona para conocer el alcance de los actos de disposición o de renuncia a través de este medio o como consecuencia de las dificultades prácticas para detectar, prevenir o hacer cesar la divulgación de datos o imágenes que provoquen el menosprecio público de la persona protegida, empleando internet.

Por su parte, el art. 22.1 de la Convención declara que:

«Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones». Se hace así referencia a los distintos ámbitos en dónde se ubican las injerencias al derecho a la intimidad personal o familiar o en el ámbito concreto del hogar. Tal y como señala SANTOS MORÓN⁹⁴ la «pérdida del ejercicio de estos derechos afecta directamente a la autodeterminación del individuo en tanto queda privado del poder de organizar su existencia del modo que considere oportuno».

3.1. El derecho a permanecer en su domicilio. Su inviolabilidad. Actuaciones legítimas de los titulares del régimen de protección en orden a preservar la intimidad en el hogar

La persona con capacidad modificada judicialmente es titular del derecho a elegir su residencia en cualquier parte del territorio nacional, así como a disfrutar

⁹³ Desde una perspectiva constitucional SEMPERE RODRÍGUEZ, C, «Artículo 18. Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, arts. 10 a 23, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pgs. 385-482.

⁹⁴ SANTOS MORÓN, M, J, *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Colección Solidaridad, nº. 15, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000. pg. 41.

de la libertad de circular por territorio nacional o extranjero, comunitario o no, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 CE⁹⁵ y art. 18 de la Convención, dedicado a la libertad de desplazamiento y nacionalidad⁹⁶. Del mismo modo, tiene derecho a decidir si continua viviendo en su domicilio o quiere ingresar en un centro residencial si fuera necesario, así como a decidir con quién quiere vivir⁹⁷. La protección del domicilio es una consecuencia del respeto a la vida privada. La inviolabilidad del domicilio impide que se lleven a cabo entradas, –por parte de autoridades públicas o de particulares–, sin el consentimiento de su titular o sin mediar previa autorización judicial, salvo flagrante delito.

Cuando la persona con discapacidad se encuentre viviendo en su domicilio, ya sea sola o acompañada, resultará especialmente arduo para quienes ejercen el cargo, el acceso a la vivienda en prevención de actuaciones constitutivas de auténticas intromisiones en la intimidad del hogar, y por ende, en la intimidad personal y familiar. Para evitar estas intromisiones ilícitas se precisará el consentimiento de su titular, recomendándose, en todo caso, pactar los detalles de la entrada: días, horarios, periodicidad en atención a los hábitos, preferencias, ocupaciones y tiempo de ocio de la persona protegida y de su entorno familiar. Se exige, además, como elemento legitimador, que la causa que justifique la entrada en el domicilio esté incluida en el marco del deber general de velar por la persona protegida, poniendo en práctica el seguimiento de sus condiciones de bienestar personal. Quedan fuera de este contexto las visitas injustificadas, fuera de horarios o llevadas a cabo con cualquier otra intención o finalidad. Por el contrario, se consideran legítimas las entradas en el domicilio de la persona protegida en situaciones de emergencia, como pueden ser inundaciones o circunstancias de análoga naturaleza, que aconsejen la entrada en la vivienda con el propósito de prevenir consecuencias dañosas en el patrimonio de la persona y en sus relaciones de vecindad. Solo en estos casos el interés legítimo de la intervención es causa excluyente de la ilicitud.

Subsumida en la obligación de velar por el patrimonio de la persona que compete a quienes ejercen la función de protección se encuentra la de elaborar un inventario de los bienes que se realiza ante el Letrado de la Administración de Justicia, según dispone el art. 259 CC. Para su adecuado cumplimiento deberá prestarse especial cuidado al inventario de los bienes que forman parte de la vivienda de la persona protegida, porque esta obligación se extiende a los bienes muebles, mobiliario, enseres y objetos personales que forman parte de un ámbito de intimidad en el

95 FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F, « Artículo 19. Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, arts. 10 a 23, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pgs.485-503.

96 «1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás...».

97 STS 30 septiembre de 2014, RJ 2014, 4864. En ella se reconoce la capacidad de decidir con cuál de los hijos quiere vivir la persona protegida comprobado que tal decisión no va en contra de su interés. Desde luego, decidir con quién se vive y dónde, forma parte la capacidad de decisión mínima que debe reconocerse a cualquier persona, clara manifestación de su libertad en su ámbito más privado.

hogar, por lo que se precisa reforzar en extremo las garantías, entre las que se encuentra el depósito de los bienes de valor o de los documentos que no pueden confiarse a quienes ejercen el cargo, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia. Como digo, el celo en esta práctica resulta imprescindible, no solo para sembrar la confianza en las relaciones a quienes se presta la protección, sino en defensa de la intimidad de su titular en un ámbito tan íntimo.

3.2. Derecho al honor

El derecho al honor se define en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido abstracto, que se concreta en cada momento en atención a las leyes, valores y usos sociales. Partícipe de su consideración como derecho de la personalidad, cuenta con las características que les son propios: irrenunciabilidad; imprescriptibilidad; inalienabilidad y carácter absoluto u oponibilidad *erga omnes*. A diferencia de lo que sucede con el derecho a la intimidad o a la propia imagen, –respecto a los que se admiten actos de disposición concretos, medie o no contrato–, cabe defender su absoluta indisponibilidad dada su naturaleza esencialmente extrapatrimonial. El art. 7.7 de la LO 1/1982 considera intromisión ilegítima en el derecho al honor la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que lesionen la dignidad de la persona, con menoscabo de su fama o atentando contra su propia estima. Con frecuencia las intromisiones en el derecho al honor lo son también del derecho a la intimidad o a la propia imagen cuando el resultado final es provocar el desprecio o el descrédito de la persona frente a los demás y frente a sí mismo, tomando en consideración la doble dimensión que da contenido a este derecho.

3.3. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad comporta el reconocimiento de un espacio de privacidad que debe permanecer al margen del conocimiento de terceros, declarándose ilícita la divulgación, revelación o explotación de datos relativos a la vida personal o familiar, de cartas, memorias, documentos, mensajes, correos electrónicos o claves de acceso que permitan obtener información de la vida privada de la persona protegida.

Quienes ejercen el cargo de tutor o curador asumen la obligación de no desvelar detalles de la vida personal y familiar de la persona protegida que conozcan con motivo del ejercicio del mismo, tal y como dispone el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, al considerar como intromisión ilegítima la «*revelación de datos de una persona o familiar conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*». Se trata de una auténtica ruptura de la confianza y de la confidencialidad a la que vienen obligados. En línea de principio, no están legitimados para suministrar información relativa a la persona protegida a su familia, a su entorno afectivo, ni a terceros, más allá de aquellas informaciones que sean acordes con los usos sociales y que se consideren inocuas o ceñidas estrictamente a aquello que debe darse a conocer en interés de la persona y en

su exclusivo beneficio. De este modo, la obligación de quienes ejercen el cargo se extiende a distintos ámbitos, como el afectivo o familiar, debiendo extremar la precaución cuando se trate de suministrar informaciones relativas a la salud física o psíquica de su titular, en tanto que estos datos constituyen un componente esencial de su vida privada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado la naturaleza estrictamente confidencial de las informaciones concernientes a la salud, como principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte de la Convención, de modo que los distintos ordenamientos internos deben adoptar las garantías necesarias para impedir la comunicación o divulgación de datos relativos a la salud, contraria al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁹⁸. Podrán, sin embargo, suministrar informaciones relativas a la persona protegida en interés de su titular y siempre que así se acredite. Asimismo, sus actuaciones deben estar encaminadas a prevenir intromisiones ilegítimas que procedan de terceros o que tengan su origen en el propio ámbito afectivo o familiar de la persona protegida.

3.4. Derecho a la propia imagen

En cuanto al derecho a la propia imagen, el art. 7.5 de la LO 1/1982, recoge tres aspectos esenciales de la prohibición que contiene aludiéndose a la captación, divulgación o reproducción de la imagen de la persona en momentos o lugares que forman parte de su vida privada o íntima, así como la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de análoga naturaleza. La protección se extiende a la divulgación de caricaturas o fotomontajes que distorsionan la imagen de la persona protegida. La STS de 12 de julio de 2012⁹⁹ define el derecho a la imagen como: *«un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde»*.

El derecho a la imagen participa de la característica de la indisponibilidad, lo que determina la prohibición de actos de disposición de carácter general, si bien, no puede entenderse de forma absoluta, pues se admiten disposiciones concretas a través de la renuncia por parte de su titular que consiente de manera expresa, –consentimiento específico para cada acto disposición concreto, ya preste de forma verbal o por escrito– la intromisión, dejando de ser entonces antijurídica para considerarse plenamente legítima. De este modo, la prestación del consentimiento es causa de exclusión de la antijuridicidad¹⁰⁰.

98 STEDH 10 octubre de 2006, TEDH 2006, 57.

99 STS 24 julio 2012, JUR, 2012, 311146.

100 Con carácter general ESCRIBANO TORTAJADA, P. «Internet y el derecho a la propia imagen: Algunas notas sobre su problemática actual» en *Internet, derecho y política una década de transformaciones: Actas del X Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universidad Oberta de Catalunya. Barcelona 3-4 de julio, 2014, pgs. 289-303.

El art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, parte de la regla general del reconocimiento de la capacidad para realizar actos de disposición o de renuncia relativos a la intimidad personal o a la propia imagen, siempre que la persona tenga capacidad natural suficiente, atendiendo a las circunstancias concretas que rodean la prestación del consentimiento para conocer si se presta válidamente, siendo indiferente que se haya declarado o no judicialmente la incapacidad. De este modo, las personas con capacidad judicialmente modificada pueden realizar actos de disposición relativos a su intimidad e imagen cuando la protección se dispensa a través de la curatela, o cuando se constituya un régimen de tutela si no existe ninguna precisión en tal sentido en la propia sentencia. Cuando no se tiene la capacidad suficiente, será el representante legal, contando con el consentimiento de su titular, quien preste el consentimiento por escrito a este tipo de contratos, siempre que se cumpla con la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal con carácter previo –consentimiento proyectado–, disponiéndose al efecto, que si en el plazo de ocho días éste se opusiera, resolverá el Juez.

Esta norma presenta importantes problemas interpretativos:

Sólo se refiere a las personas con capacidad judicialmente modificada, lo que pone de manifiesto la desprotección en la que se encuentra la persona con discapacidad psíquica que no esté sujeta a un régimen de protección¹⁰¹.

Si la regla general es la capacidad para poner en práctica los actos de disposición en base al grado de madurez, más parece que este término vaya exclusivamente referido a los menores y a la capacidad progresiva que éstos alcanzan según van teniendo mayor edad, dejando un vacío evidente en cuanto a la capacidad requerida para las personas con capacidad judicialmente modificada, que no es otra, que la capacidad natural para entender y comprender el alcance de tal renuncia.

Las cautelas previstas por las normas, –consentimiento por escrito prestado por el representante legal y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal–, carecen en la práctica de contenido y no son suficientes, por un lado, porque el consentimiento escrito no garantiza que su prestación se realice de manera integral o de forma libre y sin que medie intimidación; por otro, porque son escasos los supuestos en los que se eleva la consulta al Ministerio Público.

Queda pendiente cómo se comprueba que el titular de estos derechos presta su consentimiento de forma consciente de las repercusiones de tal disposición, así como los supuestos en los que el titular goza de esta capacidad suficiente pero lo presta en contra de su propio interés o en claro perjuicio o menoscabo de sus intereses personales o económicos. En este supuesto

101 DÍAZ ALABART, S, «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2013, pg. 5 cuando, haciendo alusión a la diversidad de las personas con discapacidad y a sus distintos ámbitos de protección, advierte que cuando son mayores de edad y requieren protección, si no han sido incapacitados, carecerán del suficiente apoyo.

debe acudir a los tribunales para que declaren la intromisión como ilegítima, desvirtuándose la presunción de capacidad del art. 322 CC; 199 CC y art. 3.1 LO 1/1982.

Los artículos 59 y 60 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria vienen a paliar en parte las dificultades interpretativas del precepto regulando el expediente de autorización judicial de consentimiento en el ámbito del mencionado art. 3 LO 1/1985 con mayores garantías. El expediente se inicia mediante solicitud que debe acompañarse de un proyecto de consentimiento por el representante o la persona con capacidad judicialmente modificada. Una vez admitida la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia se señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo creyera necesario. El Juez puede acordar también de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados. El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente. Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

Son pocos los supuestos que han llegado a los Tribunales por vulneración del derecho a la imagen de las personas con discapacidad. En la STC de 16 de diciembre de 2013¹⁰², con motivo de la interposición de un recurso de amparo contra la STS de 19 de enero de 2010¹⁰³, se admite la demanda de amparo por entender que no es suficiente el consentimiento prestado por una persona con un déficit cognitivo y visual al conceder una entrevista a un espacio televisivo de entretenimiento en un contexto jocoso, siendo indiferente a los efectos de esta protección de amparo que haya sido o no modificada su capacidad judicialmente. Es evidente, que en el caso concreto, el titular de los derechos no podía conocer el alcance de la repercusión de la entrevista concedida en un contexto de auténtica ridiculización de la persona, que vulnera su honor. En relación al conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información, la cuestión queda zanjada al declararse que la entrevista carecía de cualquier valor informativo¹⁰⁴.

A modo de recomendación final, quienes ejercen el cargo de tutor o curador deben poner especial cuidado a la hora de subir o compartir fotos de la persona

102 RTC 2013\211

103 En torno a esta sentencia ESCRIBANO TORTAJADA, P, «El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen», en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2011, pgs. 919-935.

104 SÁEZ-SARTUNTÚN PRIETO, M, «TC vs TS en relación a la vulneración de los derechos de un discapacitado. *Comentario a la STC de 16 diciembre de 2013*», Diario La Ley Nº 8346, Sección Tribuna, 3 de julio de 2014, La LEY 4457/2014.

protegida en redes sociales que haya prestado su consentimiento a tal efecto. Deben valorar la imposibilidad de predecir en toda su dimensión el alcance, repercusión o mal uso que de esas imágenes puedan llegar a hacerse, cuanto más, si se toma en cuenta las particulares circunstancias de la persona protegida y su extrema vulnerabilidad, merecedoras del despliegue de una protección mucho más reforzada.

3.5. Secreto de la correspondencia y las comunicaciones

Como se dijo, subsumido en el derecho a la intimidad personal se encuentra el secreto de las comunicaciones (art. 18.3CE). En relación a la persona protegida no presenta, en principio, ninguna particularidad en cuanto a su contenido, extendiéndose al derecho a valerse de los medios que la tecnología ofrece para comunicarse, al tiempo que su titular no debe tolerar ningún tipo de inmisión de terceros, ya sean particulares o poderes públicos.

Quienes ejercen el cargo deben saber que están prohibidas las injerencias en las comunicaciones postales, telefónicas o telemáticas, salvo consentimiento de su titular o cuando medie autorización judicial ante la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito y su conexión con la persona investigada. De igual modo, se requiere la concurrencia de todos los elementos indispensables para legitimar la intervención, como la proporcionalidad de la medida; número o números de teléfonos intervenidos; tiempo de duración; quienes han de ponerla en práctica; conversaciones intervenidas y períodos en los que deba darse cuenta al Juez¹⁰⁵.

La protección se extiende a las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, telemáticas o electrónicas. Constituye también una injerencia, las grabaciones telefónicas que mantenga la persona protegida, así como la puesta en práctica de controles o registros en correos electrónicos sin autorización de su titular¹⁰⁶. Puede defenderse, no obstante, la legitimación de quienes ejercen el cargo para solicitar el acceso a determinado medio de comunicación, como el postal, cuando se refiere a información bancaria, recepción de multas o notificaciones de pago de impuestos, sanciones o embargos, en beneficio de la persona protegida y de sus bienes, siempre que las actuaciones tengan lugar en el estricto marco de las atribuciones que judicialmente les hubieran sido encomendadas. En ningún caso, se permite el acceso a correspondencia, mensajes o correos electrónicos que se incardinan en la esfera estrictamente personal, afectiva o social de la persona protegida¹⁰⁷.

Finalmente ha de indicarse como la protección jurídico-civil configurada a través del art. 9 de la LO 1/1985 es muy amplia al comprender acciones de muy variada naturaleza y finalidad, como las dirigidas a la cesación de las intromisiones, cautelares, de abstención e indemnizatorias. La indemnización de daños comprende

105 Por todas STC 26/2005, de 24 octubre, RTC 2005,261.

106 STS 14 de diciembre de 2014, LA LEY 904/2014.

107 Para una aproximación RODRÍGUEZ LAINZ, J, L, «Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial», LA LEY 4/2012.

el daño moral valorado en atención a las circunstancias del caso,—condición de persona con discapacidad, desde luego—; la gravedad de la lesión y el medio utilizado para su divulgación —por supuesto, internet— ex art. 9.3 de la Ley Orgánica. El daño moral se presume con valor *iuris et de iure*, al tiempo que el *quantum* indemnizatorio se deja al arbitrio judicial dado que no es susceptible de cuantificación. El plazo para ejercitar las acciones es de cuatro años ex art. 9.5 LO 1/1982, desde que el legitimado pudiera ejercitarlas.

3.6. Derecho al sufragio universal activo

Dentro del marco de protección que dispone el art. 23.1 CE y art. 29 de la Convención, se reconoce el derecho a participar en la vida política en su doble dimensión: el sufragio activo y pasivo. El art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de julio, del Régimen Electoral General¹⁰⁸ dispone que carecen del derecho al sufragio universal activo:

«Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del sufragio». El apartado c) se refiere a «los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure el internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

En base a todo lo anterior, algunas sentencias de Primera Instancia han venido privando al incapaz de su derecho subjetivo público al voto¹⁰⁹. Por contra, otras tantas,¹¹⁰ han optado por no hacerlo de forma absoluta, si bien incorporan algunas limitaciones como restringir su ejercicio por correo permitiendo ejercer el voto en mesas electorales cuyos miembros pueden apreciar situaciones evidentes de absoluta falta de capacidad. En todo caso, en estas sentencias se conjuga, con mejor criterio, aunque de manera insuficiente, el reconocimiento de este derecho fundamental y la autonomía del sujeto, con la adopción de ciertas garantías para su adecuado ejercicio.

Conviene traer a colación la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, de 29 de noviembre sobre la necesaria fundamentación individualizada de medidas de protección o apoyo en procedimientos sobre su determinación¹¹¹, en la que se pone de relieve que el derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio, constituye uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española y afecta al desarrollo de la libre personalidad.

108 RCL 1985,1463, modificada por LO 2/2011, de 28 de enero, RCL 2011\136.

109 Por todas la Sentencia de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Medio Cudeyo (Cantabria) de 12 de diciembre de 2014, AC 2014\273.

110 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo de 13 de octubre de 2011 y Sentencia de Primera Instancia nº 8 de Gijón de 24 de marzo de 2011, citadas en el trabajo de DÍAZ ALABART, S, «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. Visión civilista», Revista de Derecho Privado, enero-febrero 2012, pgs.3-24.

111 JUR 2010\403746.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.b) de la Ley General Electoral, y en tanto que el sufragio universal activo tiene el carácter de derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad ex artículo 10.1 CE, su privación puede realizarse únicamente en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma se declare expresamente. En consecuencia, para la limitación del derecho de sufragio habrá de probarse que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo.

Continúa en su argumentación que: «La conjunción de estas disposiciones de la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exigen respetar la autonomía de la persona con capacidad modificada en el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general. Únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, lo cual es incompatible con una mera consideración genérica o rutinaria».

A más, la negación o restricción de este derecho no puede ni debe ser una consecuencia implícita de la declaración de incapacidad, sino todo lo contrario, pues en aras a una pretendida protección se adopta una medida que, en absoluto, puede calificarse de necesaria y proporcional¹¹². El objeto de la protección no es, desde luego, la propia persona, porque no se evita para ella ningún perjuicio o menoscabo. Tampoco puede sugerirse la necesidad de prevenir influencias nocivas dirigidas a la emisión concreta del voto a favor de un determinado partido, porque este riesgo es general y puede incidir en todos. Por contra se priva a su titular de un derecho fundamental, de carácter personalísimo e ilimitable, cercenado su libertad, impidiendo que la persona se integre en la vida política y social. Lo lógico sería que en la propia sentencia de modificación de la capacidad se incidiera en los posibles mecanismos para que la discapacidad psíquica de gravedad no supusiese nunca un límite insuperable en el ejercicio de este derecho subjetivo público, tal es el fundamento del párrafo iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando se refiere a la asistencia de una persona de su elección que le auxilie en la emisión del voto, medida de acción positiva que consiste en la prestación de un apoyo específico para compensar las singulares dificultades de la persona protegida.

4. A modo de síntesis

Debe incidirse en la necesidad de articular un modelo de protección basado en el ejercicio personal y efectivo de los derechos de la personalidad conforme a su capacidad natural y en atención a los principios rectores de respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con pleno reconocimiento, por tanto, de su capacidad de decisión, autonomía individual y vida independiente.

¹¹² DÍAZ ALABART, S, «El derecho al sufragio activo...», pg. 9 y 10, se expresa en los términos que "dicha proporcionalidad no está clara".

La sentencia judicial de modificación de la capacidad no puede alterar el ejercicio de estos derechos de manera general o de forma anticipada, pues viene determinado por la capacidad natural de su titular en el momento de ejercerse, sin que se admita la representación legal en los derechos personalísimos salvo que las condiciones concretas de la persona no admitan otra forma de ejercicio sin que se genere algún tipo de perjuicio para su titular, tomando, en todo caso, en cuenta la opinión y preferencias de la persona a quien se representa.

El procedimiento de modificación de la capacidad debe tener como resultado final permitir y coadyuvar al efectivo ejercicio de los derechos analizados, integrando para ello un sistema de protección capaz de excluir intervenciones arbitrarias o que vulneren sus derechos fundamentales y las libertades de la persona protegida.

A quienes ejercen el cargo corresponde velar por el bienestar general de la persona protegida con acciones que favorezcan el efectivo ejercicio de los derechos personales en igualdad de condiciones, previniendo intromisiones ilegítimas o actos de renuncia, por parte de su titular, que puedan causar lesión en sus propios intereses, cuanto más, si se toma en cuenta la utilización masiva de internet y las imponderables consecuencias que de su mal uso se derivan, lo que conduce a extremar las garantías en dicha protección, cuanto más, si como hemos detectado la protección general de estos derechos resulta insuficiente.

Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, N, y SEOANE, A, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, enero-diciembre 2010, pgs. 11-65.
- DE CASTRO, F, *Derecho civil en España*, T. II, 15ª edic. Revisada y puesta al día por Antonio M. Román García, Reus, Madrid, 2007.
- DÍAZ ALABART, S, «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2013, pgs. 3-24.
- «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. Visión civilista», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2012, pgs. 3-24.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P, «El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen», en *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 1, Tirant lo Blanch, 2011, pgs. 919-935.
- «Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. Cuenca Casas/Anguila Villanueva/ Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pgs.137-159.
- «Internet y el derecho a la propia imagen: Algunas notas sobre su problemática actual» en *Internet, derecho y política una década de transformaciones: Actas del X Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universidad Oberta de Catalunya. Barcelona 3-4 de julio, 2014, pgs. 289-303.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F, « Artículo 19. Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, arts. 10 a 23, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pgs.485-503.
- GIL RODRÍGUEZ, J, «La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados», en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Pérez de Vargas Muñoz, La Ley/Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pgs. 181-249.
- HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «La tutela administrativa a favor de los mayores incapaces», *Actualidad Civil*, nº 20, 2006, pgs. 2389-2407.
- «Entre la tutela de familia y la tutela institucional: Dificultades prácticas en el nombramiento del tutor», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs. 465-477.
- LEGERÉN MOLINA, A, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública: estudio del art. 239.3 del Código civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.

MOISDON-CHATAIGNER, S, «De la incapacité de fait a la protection de droit», en *Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles?*, dir. Karine Lefeuvre/Sylvie Moisdon-Chataigner, Presses de L'ÉHESP (L'École des Hautes Études de Santé Publique, Rennes, 2015, pgs. 77-87.

«La profesionalización de los cargos tutelares», en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*», dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs. 413-419.

PARRA LUCÁN, M, A, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, nº 2/2003, BIB 2003\284.

PEREÑA VICENTE, M, «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica» en *La Encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, dir. José Pérez de Vargas Muñoz, coord. Montserrat Pereña Vicente, La Ley grupo Wolter Kluwer, Madrid, 2011, pgs. 194-205.

«La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacidad?, *La Ley*, 2011-4, D-33, pgs. 1419-1428.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M, C, «La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009, pgs. 335-368.

RIBOT IGUALADA, J, «La asistencia regulada por el Código civil de Cataluña: Perfiles y configuración jurídica», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2014, pgs. 41-68.

SÁEZ-SARTUNTÚN PRIETO, M, «TC vs TS en relación a la vulneración de los derechos de un discapacitado. Comentario a la STC de 16 diciembre de 2013, *Diario La Ley* Nº 8346, Sección Tribuna, 3 de julio de 2014, *La LEY* 4457/2014.

SANTOS MORÓN, M, J, *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Colección Solidaridad, nº. 15, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C, «Artículo 18. Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. II, arts. 10 a 23, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pgs. 385-482

VIVAS TESÓN, I, «Más allá de la capacidad de entender y querer: Algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces», *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. Cuenca Casas/Anguila Villanueva/Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pgs. 1655-1673.

El tratamiento de datos personales por las entidades tutelares: obligaciones legales y buenas prácticas.

Jesús A. Messía de la Cerda Ballesteros
Profesor titular acreditado de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción: sensibilidad de la información y naturaleza de los requerimientos

Como sabemos, en los últimos tiempos diversas circunstancias han conformado una nueva situación, en la que se ha producido un incremento del número de personas necesitadas de asistencia. Entre ellas, las personas que requieren de la implantación de la institución de la tutela ocupan un lugar primordial, dada su mayor dependencia y necesidad de ayuda. En este sentido, la aparición de nuevos modelos familiares, consecuencia de factores como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, y la alteración de los valores y costumbres reinantes en el seno de los grupos familiares, han propiciado que numerosas personas se encuentren en situación de desamparo y que requieran, por tanto, de la ayuda externa o ajena a los lazos de parentesco. Y todo ello, con independencia del grado de ayuda requerida. Así, puede tratarse de personas en situación de dependencia o, más aún, de individuos sujetos a tutela como consecuencia de su incapacitación judicial o de su menor edad.

El papel que juegan las instituciones tutelares, en tales casos, es decisivo para el bienestar y subsistencia de estas personas en condiciones de dignidad. Claro está, esta asistencia requiere el conocimiento y la cercanía entre la institución y la persona en cuestión, lo que conlleva necesariamente el tratamiento de sus datos personales. En efecto, las instituciones tratan datos identificativos, documentación sobre posibles patologías, historiales sociales y demás información cuyo conocimiento es necesario para planificar y desarrollar una asistencia adecuada. En línea con lo anterior, se observa de forma clara que las instituciones gestionan información personal dotada de un alto grado de sensibilidad, lo que conlleva la aplicación de un régimen jurídico de protección de los datos más exigente que en otros supuestos. Concretamente, el responsable del tratamiento debe someterse al cumplimiento de los principios de finalidad y de consentimiento, con las excepciones, en este último caso, establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos –en adelante, LOPD–, según veremos a continuación. Además, la naturaleza especial de los datos tratados por los tutores, como son los relativos a la patología o los relacionados con el historial social del sujeto, determina la obligatoriedad de aplicar una serie de medidas de seguridad de mayor exigencia, tanto cuantitativa como cualitativa.

Por otro lado, también se deben tener en cuenta los demás requerimientos relacionados con los deberes impuestos a los responsables, encargados y usuarios, en su caso, así como el régimen aplicable a las cesiones o comunicaciones de datos que deban realizarse y los derechos que asisten a los interesados en relación con sus datos.

El régimen jurídico aplicable al tratamiento de los datos de las personas tuteladas constituye, en su mayoría, un conjunto de normas imperativas que determinan de manera obligatoria la conducta de los responsables y demás personas que gestionan la información. Es decir, se trata de obligaciones o requerimientos legales cuyo cumplimiento no se puede o debe evitar por sus destinatarios. Así, las entidades tutelares, como responsables del tratamiento de los datos de las personas tuteladas y de los ficheros que los albergan, deben cumplir tales exigencias legales. Sin embargo, tanto la normativa europea sobre la materia –Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹¹³, como la LOPD, establecen un régimen de mínimos exigibles que puede sobrepasarse mediante la adopción de soluciones más exigentes o la concreción de aquellos deberes en conductas o prácticas concretas. De esta forma, se alcanza un nivel de protección más satisfactorio o se adopta una mecánica de actuación adecuada a las circunstancias. Pues bien, en el tratamiento de datos por las entidades tutelares, las mismas se ven sometidas a normas imperativas de inevitable aplicación en lo relativo a los deberes. No obstante, sí hay aspectos de la protección de la información en los que su efectividad puede incrementarse mediante la adopción de soluciones o conductas que van más allá de la Ley, en aplicación de lo que comúnmente se denominan buenas prácticas. Así, es en el campo de las medidas de seguridad donde tienen mayor juego tales prácticas.

A continuación, vamos a analizar en este trabajo el régimen jurídico obligatorio aplicable al tratamiento de datos personales de las personas tuteladas por las entidades tutelares. No obstante, también precisaremos algunas buenas prácticas que ayuden a mejorar el nivel de protección.

2. Datos personales objeto de tratamiento y otros conceptos

El tratamiento de datos personales por parte de las entidades tutelares viene determinado, lógicamente, por los objetivos de su actividad, que conforman su razón de ser. En este sentido y de forma resumida, podemos incluir entre estos fines los siguientes:

- La prestación de servicios de atención social a las personas sujetas a tutela y a sus familias.
- La promoción y gestión de centros residenciales y asistenciales, en los que se prestan servicios de rehabilitación psicosocial y laboral, con la finalidad de la recuperación y reinserción de personas que hayan padecido algún trastorno mental.
- Como objetivo principal y central de tales instituciones, el ejercicio de la tutela y la asistencia legal de personas incapacitadas judicialmente en aquellos supuestos en los que la ausencia de grupo familiar les coloca en situación de desamparo.

¹¹³ En la actualidad, está en fase de elaboración un nuevo Reglamento Europeo de protección de datos. No obstante, las dificultades existentes para alcanzar un acuerdo sobre el nivel de protección entre los diversos estados, así como con algunos agentes implicados, ha pospuesto en repetidas ocasiones la aprobación final de la norma.

- Además, también desarrollan actividades relacionadas con el diseño y desarrollo de programas en instituciones penitenciarias para la reinserción social y la prestación de medidas alternativas a la prisión.
- Promoción de instrumentos de economía social, que faciliten la incorporación al mercado laboral de personas con trastornos mentales.

Pues bien, observamos que se trata de una serie de actividades de diverso signo que persiguen fines dispares, lo que conlleva, a su vez, la determinación de distintas finalidades de tratamiento de datos y, por ende, la necesidad de determinar cuáles sean las diversas soluciones jurídicas aplicables a cada caso en relación con los requerimientos establecidos por la Ley. Es obvio que el tratamiento de datos con ocasión de alguna de las actividades descritas encuentra soporte legal, como veremos a continuación, lo que determina, por ejemplo, la aplicación de un régimen de excepciones al consentimiento. No obstante, es necesario determinar el régimen aplicable en cada caso, ante la mencionada diversidad.

2.1 Datos personales

Por otro lado, las entidades tutelares llevan a cabo tratamientos de datos personales para el desarrollo de las actividades mencionadas y la consecución de los objetivos antes referidos. En este sentido, es obvio que estos tratamientos tienen por objeto información personal relativa a las personas que reciben la asistencia, así como también a los demás que puedan estar relacionados con aquéllas –miembros de la unidad familiar, entre otros– y los trabajadores, voluntarios y demás personal que presta sus servicios o colaboración en las entidades.

La información objeto de tratamiento es de diversa índole. Principalmente, se tratan datos de carácter identificativo y, sobre todo, información relativa a la diagnosis, el tratamiento clínico, el desarrollo y evolución de la enfermedad, así como también la información de naturaleza jurídico-procesal, relativa a los juicios y actuaciones relacionadas con la tutela y de carácter penitenciario, según vimos anteriormente. Por tanto, podemos concluir que estas entidades gestionan información personal dotada de un alto grado de sensibilidad, que requiere, así, de la aplicación de medidas protectoras específicas: son, en terminología legal, datos especialmente protegidos. Por otra parte, tampoco podemos olvidar otra información de naturaleza diversa: datos bancarios, sociales, etc.

Por todo ello, podemos precisar el tratamiento de datos personales realizado por las entidades asociadas de la siguiente manera:

- Tratamiento de datos personales de salud, ya sea física, psíquica o psíquico-física de los tutelados o asistidos.
- Tratamiento de datos de trascendencia procesal o judicial de los tutelados o asistidos.
- Tratamiento de datos bancarios de los tutelados o asistidos.

- Tratamiento de datos identificativos de algunos miembros familiares de los tutelados o asistidos.
- Tratamiento de datos identificativos y de grado de formación trabajadores, voluntarios y asistentes de los tutelados o asistidos.
- Historia social de los tutelados o asistidos.

En definitiva, una gran variedad de datos personales pertenecientes a diversas personas, lo que conlleva la necesidad de diferenciar las soluciones jurídicas aplicables.

2.2 Sujetos interesados

Según el artículo 3 e) de la LOPD, es interesado la persona física a quien se refieren de los datos objeto del tratamiento. En este sentido, podemos precisar diversos interesados o titulares de la información tratada:

- Personas tuteladas por las entidades.
- Familiares: en numerosos supuestos, se trata de personas que constituyen un apoyo fundamental en la asistencia.
- Trabajadores, voluntarios y demás asistentes: se trata información personal acerca de su relación profesional con la entidad –ajena o autónoma– y de la información propia incluida en los informes y demás documentación generada por la asistencia –datos identificativos, de domicilio, de localización, apreciaciones personales, etc.–.

Obviamente, el interesado que centra la mayor atención respecto del tratamiento de sus datos son las personas tuteladas, puesto que se trata de la razón de ser de las entidades y sus datos corresponden a un tipo de información –datos especialmente protegidos– dotada de mayor sensibilidad y de un régimen de protección reforzado.

En el caso de las personas pertenecientes al grupo familiar del tutelado, hay que señalar que, precisamente por la ausencia de tal entorno, no serán numerosos los casos en los que se recoge y trata tal información. No obstante, se trata de información principalmente identificativa, aunque en algún informe se pueda incluir también datos sobre posibles patologías de componente congénito o antecedentes de algunos miembros de la familia.

Por otro lado, también se tratan datos de las personas que desempeñan labores de tutela, pues aunque la misma corresponda a la entidad como tal, sin embargo hay una persona que actúa de forma directa en cada expediente. En relación con este supuesto de tratamiento, hemos de precisar que en diversas ocasiones estos profesionales, en el desempeño adecuado de sus funciones, gestionan los expedientes incluyendo apreciaciones sobre el estado y la evolución del tutelado. En este caso, se puede producir un conflicto entre el derecho

de los interesados a conocer la información incorporada al expediente por parte de aquellos profesionales y el derecho de éstos a evitar dicho conocimiento, por cuanto comporta un acceso a informaciones de terceras personas. En relación con esta cuestión, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989¹¹⁴ ya declaró que, si bien los interesados tienen derecho a acceder a los datos personales contenidos en los ficheros de instituciones de acogida o asistencia en su infancia, sin embargo dicho acceso puede ser objeto de restricciones por razón de la protección de los derechos de terceras personas, siempre que se determine una autoridad y procedimiento que pueda resolver sobre los conflictos planteados en tal caso. En una línea argumental similar, el artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece lo siguiente: *“El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”*. Sobre la base de lo anterior, los profesionales encargados de la gestión directa de las funciones tutelares pueden negarse a facilitar dicho acceso. No obstante y ante la dificultad o los problemas que tal solución podría generar en las relaciones con los propios tutelados, sus familias y personas de círculos cercanos, consideramos que sería una buena práctica –es decir, no comporta una exigencia normativa, pero sí puede ser una medida beneficiosa– la no inclusión en los expedientes de las personas tuteladas de tales apreciaciones subjetivas relativas a las patologías, los tratamientos, las medidas de asistencia y apoyo, de tal forma que las mismas se recojan, de ser necesario, en documentación separada o, al menos, se adopten mecanismos que permitan impedir de forma efectiva tal acceso.

2.3 Ficheros

Aunque las diversas entidades tutelares asociadas pueden tener distintos tipos de ficheros con diversas finalidades y sus denominaciones pueden variar, sin embargo entendemos que en la mayoría de los casos habrán creado los siguientes ficheros:

- Personas tuteladas: incluye los datos identificación, de localización, familiares.
- Fichero de “tutelas” –nombre simulado–: incluiría el historial clínico y social, en su caso; evolución y desarrollo de los procesos judiciales; datos de carácter bancario.
- Fichero de personal y demás asistentes: datos identificativos del personal, voluntarios, etc.; tipo de vinculación con la entidad; datos bancarios; afiliación sindical; porcentaje de minusvalía; y demás propios de un fichero de personal y nóminas.

114 STEDH, de 7 de julio de 1989, EDJ 1989/12019, caso Gaskin.

La distinción de estos tipos de ficheros responde a dos razones fundamentales. En primer lugar, según sea la naturaleza de los datos incluidos en cada fichero, se exige por la normativa un nivel de seguridad. Así, en los casos expuestos podemos distinguir entre el nivel básico del primer fichero, siempre que no recoja ninguna mención relativa a datos de salud y solamente incluya datos identificativos; nivel alto para el segundo de los ficheros, por cuanto incluye datos especialmente protegidos; y finalmente, nivel medio para los ficheros de personal y nóminas. En relación con este último fichero, debemos reseñar que las soluciones sobre su nivel de protección son diversas: en algunos casos, la posibilidad de conformar perfiles de personalidad determina su consideración como fichero de nivel medio. En otros, sin embargo, la mera inclusión de datos de nóminas no eleva su nivel más allá del básico, por cuanto, aunque puede albergar información como la afiliación sindical, ello no constituye razón suficiente para elevar el nivel: el artículo 85 del Reglamento de la LOPD¹¹⁵ determina que en este supuesto, entre otros, se mantiene el nivel básico del fichero.

En cualquier caso, estos ficheros pueden incluirse en soportes diversos, que los configuran como automatizados, manuales –en papel– o mixtos. Ello determina, lógicamente, la implantación de medidas de seguridad diversas, por razón lógica del formato empleado.

La entidad, a ser posible antes del inicio del tratamiento de los datos personales, deberá proceder a la inscripción del fichero en cuestión en el Registro de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos, mediante la cumplimentación de la documentación requerida¹¹⁶. Dispone el artículo 26 en sus tres primeros párrafos que *“1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos. 2. Por vía reglamentaria se procederá a la regulación detallada de los distintos extremos que debe contener la notificación, entre los cuales figurarán necesariamente el responsable del fichero, la finalidad del mismo, su ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto exigible y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros. 3. Deberán comunicarse a la Agencia de Protección de Datos los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado, en su responsable y en la dirección de su ubicación”*. Se comprueba que el responsable del tratamiento y del fichero debería introducir las modificaciones pertinentes en la declaración inscrita en el fichero, a medida que se vayan produciendo. Establece al respecto el artículo 58.1 del Reglamento de la LOPD, sobre notificación de la modificación o supresión de

115 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

116 Dicha documentación se puede encontrar en la página web de la Agencia: www.agpd.es, en la que se incluyen formularios que recogen la información requerida para la inscripción en el Registro, según establece el artículo 55 del Reglamento de la LOPD. Para ello, se puede optar por la presentación telemática en la web con certificado de seguridad o la presentación mixta en web y posterior remisión en papel, si el responsable no tiene el certificado.

ficheros, que *“La inscripción del fichero deberá encontrarse actualizada en todo momento. Cualquier modificación que afecte al contenido de la inscripción de un fichero deberá ser previamente notificada a la Agencia Española de Protección de Datos o a las autoridades de control autonómicas competentes, a fin de proceder a su inscripción en el registro correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55”*.

Así, se pueden producir cambios en los fines del tratamiento, que se podrían ver ampliados, los posibles encargados del tratamiento, de haberlos; los datos incluidos en el fichero; los usuarios y demás personas que acceden a la información; etc. En relación con éstos últimos, debemos señalar que la vida ordinaria de las instituciones tutelares conlleva numerosos cambios en tales personas. Si se debieran incluir tales cambios sin más en las inscripciones de los ficheros, se estaría imponiendo un deber excesivo y de difícil -cuando imposible- cumplimiento a los responsables de tales ficheros. Por ello, este deber se satisface mediante la inclusión en la inscripción del fichero, no tanto de las personas físicas concretas que se dedican a tales funciones, sino la mención genérica de la naturaleza de las funciones que desarrollan las mismas y su consideración como persona vinculada a la entidad, sean éstas quien sean en cada caso. Así, en la inscripción se hará mención a: voluntarios y colaboradores con la institución, personal encargado de la prestación directa de servicios tutelares, personal administrativo con acceso a la información y otras denominaciones similares.

3. Principios de protección de datos

3.1 la calidad del tratamiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la LOPD, única y exclusivamente se tratarán aquellos datos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de las entidades tutelares. A tal fin, en la creación e inscripción del fichero se hará una descripción detallada de la información que albergue, lo que conlleva la justificación de la necesidad de dicho tratamiento. Además, debemos tener en cuenta que el mismo precepto establece que los datos deben tratarse para la satisfacción de los fines para los que se recabaron, sin admitirse la posibilidad de su tratamiento para fines distintos de aquéllos. Es admisible, en cambio, el tratamiento con fines estadísticos, históricos o científicos. En este caso, el tratamiento se justifica por la necesidad de planificar y precisar las estrategias y objetivos de las entidades tutelares, así como también de las federaciones o agrupaciones de las mismas, que prestan su apoyo a las primeras con el fin de mejorar sus servicios y de generar sinergias favorables. Ello implicaría, claro está, la anonimización o desagregación de los datos personales tratados con ocasión de tales estudios.

En el supuesto de que con posterioridad al tratamiento se aprecie la ausencia de necesidad del mismo respecto de algún dato personal, el mismo deberá ser cancelado o borrado del fichero, sin perjuicio de su previo bloqueo para atender al requerimiento de las Administraciones y del Juez con el fin de depurar posibles responsabilidades. La cancelación de los datos personales es una cuestión que

ha planteado problemas respecto de la determinación de los supuestos en los que dicha solución está justificada y es exigible. Así, en el supuesto del tratamiento de los datos de tutelados por entidades tutelares, encontramos que, en numerosas ocasiones, los expedientes permanecen vivos mucho tiempo después de haber desaparecido la relación con la entidad, por múltiples causas: patología todavía latente o de carácter crónico, servicios de apoyo laboral o de reinserción, etc. En tales casos, es recomendable y hasta exigible la no eliminación de la información, lo que podría generar mayores perjuicios que los beneficios que pretende alcanzar. Sin embargo, en modo alguno ello puede suponer una solución general de mantenimiento de los datos en el fichero, en contra de lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPD. Se trata de una cuestión de carácter casuístico, que requiere su análisis individualizado en cada supuesto que se plantee. Por lo tanto, en aquellos supuestos, por improbables que puedan resultar, en los que se observe que la persona en cuestión, además de su rehabilitación judicial mediante la extinción de la tutela, se ha incorporado con normalidad a su entorno social, de tal forma que no requiere los servicios de apoyo de la entidad, debería arbitrarse por la misma un protocolo que facilite la progresiva eliminación de los datos almacenados y tratados. Eliminación de tales ficheros que, como vamos a referir a continuación, no conlleva sin más su total desaparición.

Como hemos señalado, el principal problema para dar cumplimiento a este deber de actualización de los datos –que puede conllevar la rectificación o cancelación, como dispone el artículo 4 de la LOPD– es la enorme casuística y la diversidad de regulaciones aplicables, en aquellos supuestos en los que el legislador ha dado una respuesta, siquiera mínimamente satisfactoria, a esta cuestión. Por analogía con gran parte de la información que los expedientes de las personas tuteladas pueden incluir, consideramos que una normativa a tener en cuenta es la relativa a la documentación clínica. En concreto, establece el artículo 17.1 y 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que *“Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial. 2. La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas”*.

La redacción de este precepto resulta un tanto confusa, por cuanto si bien resuelve el plazo de conservación posterior al alta, sin embargo deja al arbitrio de los profesionales y las instituciones cuál debe ser el momento en el que se inicia el cómputo de dicho plazo. ¿Cuándo deja una historia clínica de ser un expediente vivo? La contestación a dicha interrogante requiere tener presente que no es lo mismo una enfermedad crónica que otra que no lo es, una enfermedad con recidiva, una enfermedad derivada de una epidemia; un dato de enfermedad congénita o de posible contagio. En el caso de los trastornos y patologías

mentales, la posibilidad de que se pueda, en cierta medida, cronificar o, al menos, mantener en estado de letargo la misma, es relativamente elevada, lo que condiciona la posibilidad de cancelar, sin más, la información. Pues bien, entendemos con ello que deberán ser los responsables tutelares los que determinen en cada caso la procedencia de la cancelación referida.

No obstante lo anterior, debemos reparar en que, como dijimos, la cancelación no conlleva ni mucho menos la desaparición de los datos de forma irreversible. Tanto la LOPD –artículo 16– como su Reglamento de desarrollo disponen que la cancelación conlleva el bloqueo de los mismos. De manera más precisa, el artículo 5.1. b) del Reglamento LOPD define la cancelación del siguiente modo: *“Cancelación: procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos”*. Por lo tanto, las entidades tutelares podrán establecer mecanismos de separación de la información sobre expedientes que no permanezcan abiertos durante el plazo de prescripción de posibles reclamaciones o acciones relacionadas con dichos expedientes. Para ello, deberán arbitrar procedimientos y mecanismos que garanticen la imposibilidad de acceder a la información en tanto no se reactive el expediente por diversas causas.

Aunque no se trata de un servicio de naturaleza idéntica, sin embargo el mandato recibido por un abogado respecto de su cliente también tiene cierta cercanía con alguno de los servicios que presta la entidad tutelar a sus tutelados. Pues bien, en este caso, las normas e informes deontológicos de los diversos estamentos afectados mantienen la necesidad de cancelar la información, siquiera con la realización de un bloqueo previo, reconociendo la dificultad de determinar un plazo al efecto¹¹⁷. En este sentido, la posibilidad de reclamación de los expedientes por parte de los tutelados por cambio de la entidad tutelar podría, en su caso, determinar su devolución a los interesados y la consiguiente cancelación.

En otro orden de cosas, el artículo 4 de la LOPD, en aplicación del principio de calidad, establece que los datos objeto de tratamiento deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se recabaron. Ello conlleva que dicho tratamiento de la información no puede realizarse de manera masiva e indiscriminada. Así, cada tratamiento deberá estar justificado por razón de la prestación de un servicio o gestión acorde con los fines del fichero y deberá ser realizado por el trabajador, voluntario o persona que tiene asignada dicha tarea por la entidad, debiendo afectar dicho tratamiento a los

117 CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: *Informe C.J. nº 3/2012, sobre conservación de expedientes por letrados y por Cámaras arbitrales y árbitros. en particular plazo de conservación de los datos de carácter personal*. Tal informe se puede consultar en: <http://www.icafe.com/docs/noticias/Informe3cj.pdf>

datos que sean necesarios. En este sentido, a la hora de recoger la información el responsable debe incluir solamente aquélla que guarde relación con los fines propios.

Por supuesto, la entidad deberá rectificar la información personal cuando haya tenido conocimiento, por cualquier medio, de su alteración: domicilio, resoluciones judiciales, evolución, etc. Respecto de la posible evolución del tutelado o de otra información similar, es obvio que la rectificación no puede suponer, sin más, la desaparición de los estados o situaciones previos al presente. Se trata de recoger la información última sobre el tutelado, de tal forma que en todo momento se pueda conocer cuál ha sido su evolución y estado actual.

En relación con lo anterior, es conveniente y constituye una buena práctica derivada del deber de actualización revisar los expedientes y ficheros antes de su cesión para comprobar que no se transmite información no relevante o que no deba incluirse: por ejemplo, apreciaciones personales de los profesionales y personas que ejercen de modo directo funciones tutelares, estados anteriores cuyo conocimiento no es necesario, etc.

3.2 El consentimiento

El consentimiento constituye la esencia del derecho a la protección de datos, considerado como una manifestación de la autodeterminación personal respecto del destino y fines del tratamiento de la información perteneciente a un sujeto. No obstante, la aplicación de este principio presenta un número más o menos elevado de excepciones por razón, generalmente, de los fines perseguidos con el tratamiento. En este sentido, parece obvio que la designación de un sujeto para el desarrollo y cumplimiento de las funciones tutelares, respecto de sujetos que, en ocasiones, no pueden prestar su voluntad consciente y firme a dichos tratamientos, lo que podría ocasionarles graves perjuicios en caso de exigir el consentimiento, induce necesariamente a la autorización legal al tutor para tratar la información, prescindiendo de la referida voluntad.

No obstante lo anterior, debemos reparar en que pueden darse diversas configuraciones respecto del esquema tutelar. Nos referimos al hecho de que la tutela podría otorgarse a una persona física, que a su vez, recibe el apoyo de una entidad de estas características para llevar a cabo su función, además de la concesión de la tutela a una entidad de manera directa, para que la misma ejerza dicho cargo, supuesto normal en la práctica de tales entidades. Pues bien, en este último caso no hay duda de la habilitación legal requerida para el tratamiento y sustitutiva del consentimiento del interesado. Sin embargo, en el supuesto planteado anteriormente –persona física tutor con asistencia de la entidad tutelar– entendemos que la gestión de la información personal por la entidad no se encontraría amparada por la Ley, de tal forma que sí se requeriría el consentimiento, en este caso del propio tutor si el tutelado no se hallase en circunstancias de poder prestarlo por sí.

En efecto, según dispone el artículo 6.2 a) de la LOPD, no es necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos cuando el mismo esté habilitado por

Ley¹¹⁸. Pues bien, encontramos dicha habilitación en el artículo 269 del Código Civil, según el cual *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1º A procurarle alimentos. 2º A educar al menor y procurarle una formación integral. 3º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. 4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”*. Este precepto parece contener una habilitación suficiente para exceptuar la necesidad de consentimiento¹¹⁹. De manera expresa se pronuncia, en el mismo sentido, el artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos párrafos 2º y 3º disponen lo siguiente: *“2. Los profesionales, las Entidades Públicas y privadas y, en general, cualquier persona facilitarán a las Administraciones Públicas los informes y antecedentes sobre los menores, sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, que les sean requeridos por ser necesarios para este fin, sin precisar del consentimiento del afectado. 3. Las entidades a las que se refiere el artículo 13 podrán tratar sin consentimiento del interesado la información que resulte imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho precepto con la única finalidad de poner dichos datos en conocimiento de las Administraciones Públicas competentes o del Ministerio Fiscal”*. Parece obvio, por tanto, que la solución adoptada en este precepto respecto de los menores sometidos a tutela de las entidades tutelares puede aplicarse analógicamente a los supuestos de tutela de personas mayores de edad incapacitadas judicialmente. Sin embargo, debemos reparar en la deficiente redacción del precepto, cuya interpretación estricta –la cual podría justificarse si tenemos en cuenta que la solución adoptada por aquél es restrictiva de los derechos en algunos casos– solamente permite dicho tratamiento incontestado con el exclusivo fin de proporcionar la información a la Administración competente. Quizás, deberíamos interpretar el artículo mencionado en el sentido de la imposición a las entidades de un deber especial de sigilo y custodia de la información, evitando en todo caso la cesión, difusión y demás supuestos de divulgación de esta información más allá de la Administración recipiendaria. Este parece ser el sentido que se deduce de la remisión que el precepto realiza al artículo 13 de la misma Ley, en el que se impone a los profesionales que mantienen relaciones con los menores un deber especial de secreto, sigilo o similar.

En relación con lo anterior, debemos reparar en el hecho de que la excepción establecida al consentimiento del interesado solamente se justifica por razón de la finalidad perseguida, a saber: el adecuado ejercicio del cargo tutelar por parte de la entidad, como regla general, o personas físicas integradas en la

118 No creemos, sin embargo, que sea aplicable como regla general el artículo 7.6 de la LOPD, que habilita el tratamiento de datos incontestado cuando *“el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”*. Parece que este precepto está pensando en supuestos de urgencia en los que no se puede esperar, sin riesgo vital, la voluntad conforme del interesado.

119 En este sentido se pronuncia la Agencia Española de Protección de Datos en el Informe jurídico 0114/2008 *in fine*

entidad, en algún supuesto. En tal caso, ¿todas las finalidades y servicios que prestan las entidades tutelares de forma directa se pueden considerar incluidas en el elenco de funciones reconocido por el artículo 269 del Código Civil? ¿La asistencia penitenciaria encuentra siempre adecuación en el objetivo de reinserción? ¿La atención a las personas del grupo familiar también puede realizarse de manera incontestada? ¿Todas las acciones tendentes a la generación de economía social deben recibir el mismo tratamiento? Se trata de supuestos en los que, a nuestro entender, la respuesta no siempre sería la misma. Por ello, en todo aquello que no guarde relación directa con la prestación o ejercicio de la función tutelar en sentido estricto, podría resultar conveniente, como buena práctica, la obtención del consentimiento de los interesados. Así lo entendemos en el supuesto del tratamiento de datos de los familiares y en todos aquellos en los que se produzca una extensión de los objetivos del servicio tutelar. Todo ello, sin dejar de reconocer que, en la mayoría de los supuestos, existe cobertura legal para evitar la necesidad de consentimiento y sin olvidar, además, los supuestos en los que los propios tutelados no reúnan las condiciones suficientes para prestar una voluntad consciente.

5. Principales deberes del responsable del fichero

5.1 Deber de información en la recogida de los datos

En el momento de recabar los datos personales –por tanto, no son disociados y permiten la identificación–, debe informarse a los interesados o sus representantes de: la existencia del fichero y del tratamiento que se pretende llevar a cabo, de la obligatoriedad o no de proporcionar la información, de las consecuencias de no proporcionarla; del ejercicio de los derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición –acrónimo ARCO– y de la identidad y dirección del responsable del fichero –la entidad o su gerente–.

La entidad debe proporcionar al interesado o representante una cláusula que incluya toda esta información y debe también preservar el soporte en el que se proporcione esta información mientras dure el tratamiento, ya sea en papel, cláusula en página web, alocución telefónica o similar. El uso de cartelería informativa sustitutiva de los anteriores medios solamente será admisible cuando los datos no se recaben por formularios- Tales carteles deberán contener la cláusula citada o similar. En el supuesto de interesado o representante extranjero que desconozca el idioma, deberá traducirse la información al idioma en cuestión.

Las soluciones anteriores se corresponden con el régimen general aplicable a la inmensa mayoría de los supuestos de recogida y tratamiento de datos personales. En el supuesto de las personas sujetas a tutela, es obvio que, en algunos casos, el cumplimiento del deber de información al interesado solamente podrá realizarse de una manera meramente formal, por cuanto los tutelados no gozarán, en ocasiones, de la capacidad mínima que les permita asumir de forma consciente las consecuencias derivadas de la obtención y tratamiento de la información por parte de las entidades tutelares. Además, aunque el artículo 5 de la LOPD prevé el supuesto de que los datos no se hayan obtenido de los propios interesados –supuesto que, en el caso de los tutelados

se puede producir con cierta normalidad: individuos previamente ingresados en instituciones públicas, familiares, etc.—, si un embargo debemos pensar que en alguno de estos casos el interesado no va a recibir la información en cuestión de manera consciente.

De otra parte, el artículo 13.3 del Reglamento de la LOPD establece que en el caso de que se obtengan datos de menores, el lenguaje en el que se les informe a los mismos acerca de los pormenores del artículo 5 de la LOPD debe ser claro y comprensible, sin que en ningún caso aquel precepto distinga entre los menores y mayores de catorce años para eximir o exigir la prestación de dicha información, como sí establece el precepto reglamentario un régimen diferente respecto de la exigencia del consentimiento de los padres o del propio menor, respectivamente. Es decir, podemos colegir de lo anterior que el deber de información se impone por encima de las limitaciones más o menos amplias que el interesado pudiera presentar para poder entender las consecuencias o efectos del tratamiento de sus datos. Aunque es cierto que estos preceptos únicamente prevén el supuesto de los menores, sin embargo de nuevo consideramos la posibilidad de su aplicación analógica al caso de los sujetos a tutela mayores de edad a los que la sentencia establezca limitaciones en tal sentido.

Sobre la base de lo anterior, consideramos que el responsable del tratamiento debe, en la mayoría de los casos, informar de los extremos contenidos en el artículo 5 de la LOPD a los interesados, es decir, a los tutelados. No obstante, en aquellos supuestos en los que los tutelados no tengan la mínima capacidad de entender y querer —supuestos de patologías psíquicas o psicofísicas de cierta profundidad—, parece lógico exceptuar el cumplimiento de este deber. Es este el sentido que se deduce del artículo 268 del Código Civil, según el cual *“Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad”*. El respeto a la integridad psicológica conlleva, en unos casos, el deber de informar y en otros implica la imposibilidad de cumplir este requerimiento.

5.2 Deber de secreto

Según establece el artículo 10 de la LOPD, toda persona que acceda y trate los datos personales está sometida al deber de secreto de los que pueda conocer. Este deber se mantiene también con posterioridad al término de la relación laboral o asistencial que permitió al acceso a los datos. A tal efecto y no obstante tratarse de un deber impuesto por Ley a los responsables tutelares y demás relacionados con dicha función, todos aquéllos que accedan a datos personales deberán firmar un documento en el que declaren que conocen este deber y que se comprometen a su cumplimiento, asumiendo las posibles responsabilidades que se deriven en caso contrario. Se debe evitar, también, proporcionar información corporativa que pueda afectar al desempeño de las funciones de la entidad. En cumplimiento de este deber, aquellos que accedan a los datos personales no extraerán información personal fuera de los soportes que los incluyan ni de los locales de la entidad, sino cuando las funciones lo requieran y se haya informado y obtenido autorización del responsable del fichero.

En cumplimiento de este deber, se pueden implementar por parte de las entidades tutelares –como en otras organizaciones– una serie de medidas o prácticas que permiten satisfacer aquél. Así, cuando se abandona, temporalmente o no, el puesto de trabajo o en el que se desarrolla la función, todos los usuarios que acceden y tratan la información personal deben bloquear los equipos con contraseñas y apagar los monitores. En el caso de término de la jornada laboral, no deben dejarse los equipos encendidos si están conectados a alguna red, ante la posibilidad de que se puedan producir ataques a los equipos y sistemas que puedan concluir en el acceso a la información. Si se trata de equipos móviles, deberá adoptarse una posición de especial cautela respecto de su cuidado y acceso. En cualquier caso, deben realizarse inspecciones periódicas de la información almacenada y proceder a la eliminación de aquélla que no sea necesaria o pueda ser redundante por encontrarse en otros ficheros. Igualmente, en el supuesto de datos personales incluidos en ficheros manuales, deberá evitarse la práctica de dejar los papeles encima de mesas o muebles en supuestos de ausencia temporal. Tras la jornada, deberá guardarse el documento de manera que se evite su acceso.

En el caso de tener que proporcionar información de manera abierta entre los miembros de la entidad o a terceros ajenos a la misma por razón de los procesos de tutela o del seguimiento y ejercicio de la misma, deberá procurarse que la transmisión se produzca en despachos o recintos que garanticen la debida reserva y en presencia, exclusivamente, de aquellas personas que deban conocer la información. Como se puede comprobar, se trata de prácticas que constituyen una manifestación del cumplimiento diligente del deber de secreto o confidencialidad y que, como tales, son constitutivas de buenas prácticas. Es decir, la exigencia general impuesta por la Ley es el secreto en sí, de tal forma que su implementación mediante unas u otras medidas forman parte del ámbito práctico.

6. Cesiones o comunicaciones de datos y acceso a datos personales por cuenta de terceros

6.1 Cesiones o comunicaciones de datos

Debe recordarse que se considera cesión toda revelación, haya o no captación de los datos, a persona distinta del interesado. De ahí, la necesidad de preservar los datos de posibles visualizaciones, publicaciones y similares actos, por temporales que sean. La cesión requiere: que se realice para satisfacer los intereses legítimos del cesionario y el previo consentimiento del interesado, salvo las excepciones contenidas en el artículo 11.2 de la LOPD.

Por lo tanto, habrá que analizar caso por caso si concurre el presupuesto de la excepción –habilitación por Ley, datos provenientes de fuentes accesibles al público, datos requeridos para la ejecución, mantenimiento o control de una relación contractual, laboral o administrativa; datos requeridos por la autoridad judicial, el Fiscal, los Tribunales de Cuentas, Defensores o similares; datos cedidos para atender una necesidad de salud vital–. En todo caso, del análisis anterior debe deducirse que no es necesario el consentimiento y que las peticiones

están motivadas y justificadas por razón de los fines propuestos. En general, es obvio que el artículo 11.2 de la LOPD exceptúa la necesidad de consentimiento en aquellos casos previstos por Ley, así como aquellos en los que el cesionario sea la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal y otras Administraciones que deban conocer la información por razón de su competencia –véase, por ejemplo, la Administración autonómica–, o al personal médico, en su caso, encargado del seguimiento y control de la evolución de los posibles trastornos y patologías. Hay que decir que, en general, las entidades tutelares no realizarán actos de cesión a favor de terceros a los que no corresponda el acceso a la información por motivos de competencia, como ocurre en los supuestos señalados anteriormente.

Por otro lado, la prestación del consentimiento –más bien, autorización– para la cesión de los datos de personas tuteladas, en los casos en que así proceda, corresponde a la entidad o persona designada al efecto, si él no puede hacerlo por sí.

6.2 Acceso a datos personales por cuenta de terceros

La LOPD hace referencia, con esta terminología, a aquellos supuestos en los que se contratan servicios con terceros –encargados del tratamiento– por cuenta de quien contrata, que implican el tratamiento de la información personal. Ejemplos de lo anterior son: la gestoría administrativa para gestionar las nóminas, las empresas de catering respecto de la información para elaborar menús aptos para los tutelados, el contrato con un psicólogo o trabajador social externo a la entidad, contratos con empresas de limpieza por razón del acceso a zonas de archivo.

En tales casos, la entidad de tutela deberá incluir en el contrato de servicios una cláusula de acceso a los datos por el tercero, en la que se debe incluir:

- la finalidad del tratamiento y el compromiso del tercero de que no desviará los fines del tratamiento ni cederá los datos,
- las medidas de seguridad que debe implementar el encargado.
- La previsión de la posible subcontratación de los servicios –se puede rechazar esta opción–.
- La devolución o destrucción de la información al término del contrato, especificando los métodos de destrucción o borrado.

En nuestra opinión y ante la especial naturaleza de la información tratada por parte de las entidades tutelares, debería evitarse en lo posible la posibilidad de subcontratación de los servicios que conlleven necesariamente el tratamiento de la información. En este sentido, es admisible, por ejemplo, la contratación de servicios de psicología o psiquiatría. Sin embargo, no se justifica de manera tan clara la contratación de tales servicios a través de intermediarios. Por ello, y aunque la normativa aplicable no establece ninguna excepción por razón del ámbito del servicio o naturaleza de la información, parece conveniente adoptar, como buena práctica, la restricción de esta posibilidad.

7. Transferencias internacionales de datos

En principio, no parece razonable que una entidad tutelar pueda realizar actos que conlleven la transmisión de la información personal más allá de las fronteras del país. Sin embargo, determinadas acciones o prácticas, que actualmente son cada vez más normales, sí producen dicho efecto. Así, las entidades deben tener en cuenta que el empleo de herramientas como la nube u otros reservorios de información puede suponer una transferencia internacional de datos e, incluso, el intercambio de dicha información con terceros por razón de la conformación de la nube. Por lo demás, también se pueden producir dichas transferencias como consecuencias de diversos actores: residencia en el exterior, acuerdos con entidades y federaciones extranjeras, etc.

En estos casos, salvo que se trate de un país declarado por la Agencia Española de Protección de Datos como país con un nivel equiparable de protección –la lista de países se puede encontrar en la web de la Agencia–, se requiere la autorización del Director de la misma para realizar la transferencia. En cualquier caso, parece que se trata de una posibilidad un tanto alejada de la práctica de las entidades y, sea como fuere, deberían desecharse tales opciones de almacenamiento por las razones apuntadas, ante la complicación que conlleva el cumplimiento de las exigencias legales.

8. Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición –ARCO–

El ejercicio de estos derechos debe facilitarse por el responsable del fichero: formularios y plazos de ejercicio, contestación positiva o negativa a la solicitud, diligencia en el procedimiento, decisiones motivadas. Aunque es cierto que en algunos supuestos, las condiciones del propio sujeto impedirían un ejercicio de estos derechos de manera efectiva y en condiciones adecuadas, sin embargo tal ejercicio debe facilitarse en todos aquellos casos en los que el tutelado sí reúna condiciones personales suficientes a tal efecto.

La entidad tendrá a disposición de los interesados modelos de ejercicio de tales derechos en papel. Adicionalmente, pueden incluir en sus páginas web formularios para rellenar y ejercer estos derechos, si bien si la página no presenta los requerimientos de seguridad requeridos, podría remitirse el formulario por correo o mediante entrega directa que certifique la autenticidad de las personas y la integridad del documento. Además, se debe informar a los interesados que ejerciten tales derechos de las consecuencias derivadas de la admisión o rechazo de los mismos: en particular, de la posibilidad de recurrir ante la Agencia Española de Protección de Datos –o agencias autonómicas, en su caso– contra la denegación de los derechos.

Ya nos referimos, con ocasión del principio de calidad del tratamiento y el consiguiente deber de actualización/cancelación, a la posibilidad de la cancelación, previo bloqueo y cuando sea posible, cuyo tratamiento haya dejado de estar justificado.

9. Medidas de seguridad

Como hemos señalado anteriormente, el soporte automatizado o manual de los ficheros y de la información personal que contienen determina la aplicación de unas u otras medidas de seguridad. De ahí, la necesidad de mención separada. Además, debemos recordar que es, precisamente en este ámbito de las medidas de seguridad, dónde mayor juego pueden encontrar las acciones consideradas como buenas prácticas. Según sea el nivel del fichero declarado, así serán las medidas aplicables en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento de la LOPD. En la mayoría de los casos, las entidades tendrán ficheros de nivel medio y alto, salvo en aquellos casos en que, como se señala en líneas anteriores, incluyan ficheros de datos meramente identificativos, en cuyo caso serían de nivel básico –opción esta poco probable–.

La designación, caso de haber diversas personas implicadas, de un responsable de seguridad proactivo y preocupado por estas cuestiones suele ser una buena medida tendente a alcanzar un nivel adecuado de seguridad. Es conveniente que este cargo recaiga en personas con rango o puesto relativamente elevado en la organización, con el fin de conseguir que sus recomendaciones posean efectividad y puede coincidir con la persona designada como responsable del fichero. A tal efecto, debe tenerse e cuenta que la designación de un responsable no supone la exoneración de la responsabilidad de la persona designada como responsable del tratamiento (artículo 95.2 del Reglamento de la LOPD).

9.1 Medidas de seguridad de ficheros automatizados

Las entidades deberán implantar una serie de medidas de seguridad en relación este tipo de ficheros. Para ello, parece que lo más conveniente es designar una persona específica que se va a encargar de estas cuestiones. Se trata del responsable de seguridad, que, como su nombre indica, asume las tareas derivadas de su implantación, de los comportamientos de todos los que acceden a la información en relación con la misma y demás cuestiones. Por todo lo anterior, sería muy recomendable que estos responsables de seguridad realicen procedimientos periódicos de auditorías internas integrales o parciales, con el fin de conocer el grado de implicación y cumplimiento sobre la materia y sobre todo, de detectar las deficiencias corregibles y potenciar las buenas prácticas.

Los usuarios, en aplicación de su deber genérico de cumplimiento de las medidas de seguridad:

- deberán mantener el control sobre los dispositivos, móviles –lápices de memoria, portátiles, móviles, etc.– o no, que almacenan o gestionan la información contenida en ficheros automatizados, informando al responsable de seguridad de su posible pérdida, sustracción o deterioro. Si se conociese alguna incidencia de seguridad, deben igualmente comunicarla: por ejemplo, pérdidas de contraseñas, aperturas de dispositivos, pantallazos inesperados de publicidad o similares, borrado y posterior recuperación de datos, caducidad de sistemas y aplicaciones de seguridad y similares, etc.

- Están comprometidos con el deber de no realizar acciones que puedan suponer una merma de seguridad. A tal efecto, no deberán introducir software ilegal, conectar con sitios de dudosa procedencia, contenido o seguridad, enviar información personal a través de correo electrónico u otros sistemas –nube, transferencia de ficheros, etc.– sin las debidas precauciones –encriptación, firmas o certificados, etc.– Igualmente, todos los responsables y usuarios deberán respetar las aplicaciones y configuraciones incluidas en los equipos y dispositivos –versiones de sistemas operativos, antivirus–, evitando su alteración o cambio, salvo autorización del responsable de seguridad o personas encargadas de la administración de los sistemas informáticos.
- Los responsables y usuarios deben respetar la confidencialidad y uso preciso de la contraseña asignada, evitando su difusión o inclusión en papel o en lugares accesibles y se comprometen a su cambio con la periodicidad prevista al efecto. De conformidad con los estándares de seguridad generales, las contraseñas deberán ser alfanuméricas e incluir un mínimo de ocho caracteres, que podrán ser letras mayúsculas y minúsculas, números y otros como guiones o similares.
- Si la entidad tiene esquemas de red al que estén conectados los equipos, los usuarios deben evitar albergar datos personales en los discos duros o similares, incluyendo la información exclusivamente en carpetas de servidores y gestionando aquéllas con aplicaciones también incluidas en tales servidores. De no existir esta estructura de red, deberá aplicarse la máxima diligencia en el cuidado y custodia de los equipos, discos duros externos, unidades de memoria y demás.
- El acceso a los equipos y, en su caso, a los servidores requiere el establecimiento de un sistema de registro de acceso a sesiones de usuario o similar, con registro de accesos que determine el tiempo, los ficheros consultados y las aplicaciones empleadas. Todos los usuarios de los datos personales deberán evitar la replicación innecesaria de los mismos y su mantenimiento durante un tiempo que exceda de lo necesario, especialmente de las copias temporales y los envíos a impresoras o similares.
- Los usuarios deberán vigilar y comprobar qué datos personales remiten en los correos electrónicos. Para ello, deberán tener la máxima diligencia en la redacción del propio mensaje, en el tema del mismo y los anexos remitidos. Asimismo, deberá evitarse el uso del correo electrónico como reservorio o gestor de la información remitida o recibida, de manera que los usuarios deben vaciar, siquiera periódicamente, las bandejas de entrada y salida e incluirlos en las carpetas, o ficheros empleados a tal efecto. En general, debe evitarse en lo posible la remisión de datos personales por correo electrónico. También deben incluirse cláusulas de confidencialidad en el envío de correos, así como también de eliminación del mensaje y de la información anexada

o incorporada en el caso de error en el envío. La remisión de correos a diversas personas debe realizarse de manera que sus direcciones se incluyan en el campo CCO –con copia oculta–, para respetar la privacidad de tales direcciones, la cuales normalmente identificarán a la persona.

- Se debe evitar la apertura de mensajes que puedan resultar sospechosos para la seguridad de los datos y equipos o que no guarden relación alguna con las materias propias del trabajo o servicio desempeñado. Igualmente se debe evitar pulsar enlaces o acudir a sitios desconocidos o que puedan ser sospechosos. En particular, no debe acudirse a sitios de ofertas, juegos y ocio en general. Igualmente, no deben descargarse archivos o activar ejecutables cuyo origen y garantía no se conozcan de forma precisa. No deberá navegarse desde los dispositivos de trabajo a sitios desconocidos, no relacionados con el servicio, inseguros o que desarrollen actividades ilegales.

9.2 Medidas de seguridad de ficheros manuales

En este caso, los usuarios deberán aplicar las siguientes medidas y llevar a cabo las siguientes acciones:

- Los responsables y usuarios deberán mantener y cuidar su entorno de trabajo, evitando en todo momento el acceso a los datos personales que traten. Así, deben mantenerse: las mesas limpias de documentación todo el tiempo que nos ausentemos y en todo caso fuera del horario de trabajo. Además, deben retirarse todos los documentos impresos, así como también los originales de los escáneres y fotocopadoras, ya sean propios del usuario o comunes. En este último caso, debe evitarse el retraso en la recogida. En la remisión de faxes, debe avisarse al destinatario para que retire el documento de forma inmediata en su recepción.
- En el caso de remitir documentación fuera del lugar de trabajo o en el seno de la entidad, ésta debe incorporarse en un sobre cerrado o similar, evitando la posibilidad de acceso, reproducción o copia. De ser posible, debe procurarse la entrega directa del emisor al receptor. Debe después verificarse la recepción, previa comunicación de su salida al responsable de seguridad.
- La destrucción de documentos debe realizarse a través de destructoras o mediante el uso de contenedores para su posterior reciclado. En este caso, si dicha operación la realiza un servicio externo, el encargado debe suscribir una cláusula de confidencialidad, de calidad de la destrucción y de posible acceso por tercero, en los términos antes referidos al efecto. De no contar con destructoras o sistemas similares, el usuario debe proceder a la destrucción efectiva de los documentos, de manera que puedan garantizar la imposibilidad de su reconstrucción y el acceso a la información que contenía.

9.3 Auditoría, documento de seguridad y actitud de los usuarios

Se trata de una serie de obligaciones –que no buenas prácticas– que forman parte de las funciones de los responsables. El responsable del fichero y el de seguridad estarán pendientes de la realización de la auditoría bienal, interna o externa, de medidas organizativas y de seguridad de los ficheros de nivel medio y alto. Recae sobre los responsables y usuarios un deber de colaboración con los auditores para facilitar la obtención de evidencias tendentes a la detección de deficiencias y realización de propuestas de mejora. Posteriormente, los responsables se encargarán de la implantación de dichas propuestas.

Igualmente, el responsable de seguridad se encargará de la elaboración de un Documento de seguridad de todos los ficheros de datos personales. Este documento acogerá las líneas maestras de la política de seguridad de los ficheros: descripción, niveles, medidas de seguridad aplicables, sujetos afectados, responsables, protocolos, anexos, etc.

En cualquier caso, es conveniente que los responsables y usuarios adopten una postura proactiva en el tratamiento de los datos personales, así como también una formación periódica en la materia por parte de todos los usuarios.

El llamamiento a la herencia del adulto protegido. La intervención del tutor en las operaciones particionales

María Núñez Núñez
*Profesora Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos*

1. Introducción

La partición de una herencia es el acto o negocio jurídico que extingue el estado de indivisión y comunidad de la misma, y atribuye los bienes, derechos y, en su caso, deudas u obligaciones¹²⁰ de la persona fallecida a sus coherederos y legatarios de parte alícuota¹²¹. Con la partición cesa la comunidad hereditaria, y el derecho en abstracto que tenían los comuneros sobre la herencia se transforma en un derecho concreto sobre los determinados bienes o derechos que le son adjudicados a cada uno de ellos (art. 1068 C.c.). No obstante, la partición hereditaria, ya harto compleja de por sí en la práctica en múltiples ocasiones, se complica aún más cuando uno de los llamados a la herencia se encuentra bajo representación legal, por lo que resulta interesante centrarse en el estudio de este caso concreto, y de los diversos artículos del Código civil que guardan conexión con el mismo, lo que va a constituir el objeto de este trabajo.

Debe tomarse en consideración que si el heredero es menor de edad estará representado por sus padres en la aceptación y en la partición de la herencia (salvo que a falta de éstos estuviera representado por un tutor); y si tiene la capacidad modificada judicialmente estará representado por sus tutores (salvo que nos encontráramos ante un caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada).

En el caso de los menores, los padres pueden aceptar libremente la herencia en nombre de sus hijos menores de edad, sin necesidad de autorización judicial. Por el contrario, sí se precisará esta autorización para repudiar la herencia —a menos que el hijo tenga dieciséis años y preste su consentimiento a la repudiación en escritura pública— (art. 166, párrafos segundo y tercero, C.c.); si el Juez denegara la repudiación, la herencia sólo podrá aceptarse a beneficio de inventario.

En el caso de los tutores, éstos pueden aceptar a beneficio de inventario la herencia de la persona sujeta a tutela, pero necesitarán autorización judicial para aceptarla pura y simplemente o para renunciar a la misma (art. 271.4º C.c.).

Y en relación a los curadores, el artículo 996 C.c. permite que el sometido a curatela acepte, asistido del curador, la herencia, puramente o a beneficio de inventario. Mayores problemas plantea la repudiación de la herencia —omisión del

120 Tal y como dice ROCA SASTRE, R.M.: (*Derecho Hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 740) “después de determinar el activo y el pasivo de la masa hereditaria (...) se fija el haber de cada partícipe y se divide el caudal partible”.

121 El concepto de partición ya venía recogido en las Partidas (6ª, 15.1): “*partición es departimiento que fazen los omes entre sí, de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra cosa*”.

legislador en este artículo 996 C.c.— aunque parece que para este caso, y por remisión a los artículos 992, párrafo primero, C.c. (“*Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes*”), y 290 C.c. (según el cual cuando la sentencia no especifique el alcance de la curatela, se entiende que el curador tendrá que asistir a su pupilo en los mismos actos en que el tutor necesite autorización judicial, entre los cuales se encuentra la renuncia a la herencia), el curatelado precisará la asistencia del curador. Pero es que, además, parece ser que también se precisará autorización judicial ya que la doctrina ha entendido que en lo no previsto expresamente para la curatela, el artículo 290 C.c. procede a la vía de la remisión a los artículos 271 y 272 C.c. para determinar la esfera de actuación del curador, aunque con las pertinentes adaptaciones a cada situación concreta¹²².

En cuanto a la partición, los padres pueden intervenir libremente en una partición de herencia en la que uno o varios de sus hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente sea heredero o legatario de parte alcuota, mientras que, y por el contrario, los tutores y curadores (por remisión a los artículos relativos a la tutela) están sometidos a una serie de limitaciones y requisitos, lo que pone de manifiesto la diferencia entre estas instituciones —la patria potestad, la tutela y la curatela— y la desconfianza con la que el legislador trata al tutor frente a la administración del patrimonio del hijo sujeto a patria potestad¹²³.

Todo lo manifestado anteriormente salvo supuesto de conflicto de intereses entre los menores o personas con la capacidad modificada y sus representantes legales, en cuyo caso se les nombrará un defensor judicial como veremos más adelante.

2. El tutor ante la herencia del tutelado

La tutela —como institución jurídica— tiene por finalidad inmediata suplir o completar la capacidad de obrar de quien no la posee en plenitud y siempre en su beneficio. En este sentido, el artículo 216, párrafo primero, del Código civil dispone que “*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”¹²⁴. Esta institución de guarda

122 Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, C.: *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 840 y SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, J.M^a: *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. II, Madrid, Civitas, 2002, pág. 531, entre otros. En el mismo sentido MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Aceptación y repudiación de la herencia*, Undécimos encuentros del Foro Aragonés, Actas; www.eljusticiadearagon.com.

123 CUENA CASAS: *Comentarios al Código civil II*, vol. 2º, coordinador Rams Albesa, J., Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1964.

124 En la actualidad, nuestro sistema tutelar presenta las siguientes características básicas:

- a) Se asienta en el principio de supremacía del interés del menor o incapaz; toda la actividad de los organismos tutelares ha de estar orientada a la consecución del mayor beneficio para el tutelado.
- b) Es un sistema de tutela de autoridad. Desde 1983 se reconoce al Juez un protagonismo fundamental en la constitución, desarrollo y extinción de los organismos tutelares.
- c) Está integrado por una pluralidad de figuras, como se desprende del artículo 215 C.c.: tutela, curatela y defensor judicial, siendo esta última una institución de carácter subsidiario y transitorio, ya que sólo se constituirá cuando surja un conflicto de intereses

tiene por objeto cuidar de la persona y bienes (o sólo de la persona, o sólo de los bienes) de quienes, siendo incapaces o no capaces por completo, necesitan ser atendidos y representados, o que les sea completada su insuficiente capacidad (art. 215 C.c.).

Lo primero que cabe destacar del ejercicio de la tutela –al cual el Código dedica los artículos 259 a 275– es que está presidido por un férreo control judicial. La concreción de las funciones y de las obligaciones del tutor durante el ejercicio de la tutela dependen, fundamentalmente, de las disposiciones adoptadas por el Juez en la sentencia correspondiente (o en ulteriores resoluciones); y, entre las principales funciones tutelares, destaca la de ostentar la representación legal del tutelado como dispone el artículo 267 C.c. *“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”*.

Pero la actuación del tutor se ve fuertemente limitada por la obligación de solicitar autorización judicial para una serie de actos patrimoniales que gozan de cierta relevancia y que son recogidos en el artículo 271 C.c. En el punto 4º de este artículo –y en relación a las herencias a las que pueda ser llamado el tutelado– se establece la exigencia de esta autorización para *“aceptar sin beneficio de inventario¹²⁵ cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades”*, en tanto que son actuaciones que exigen poder de disposición. En el mismo sentido, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria establece en su artículo 93.2 que *“En todo caso, precisarán autorización judicial: (...) b) los tutores, y en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos”*. Consiguientemente, y como ya se ha señalado con anterioridad, el tutor que quiera aceptar una herencia de su tutelado pura y simplemente o renunciar a ésta deberá previamente recabar la preceptiva autorización judicial¹²⁶.

La iniciativa para aceptar pura y simplemente o repudiar la herencia partirá del tutor, y el Juez se limitará a autorizar o denegar el acto propuesto siempre atendiendo al interés superior del tutelado. Resulta evidente que la solicitud de autorización judicial por parte del tutor no determina que el Juez deba otorgarla necesariamente, ya que éste podrá denegarla. La denegación de la aceptación

en un asunto concreto entre la persona con su capacidad modificada y su tutor o su curador, o cuando éstos no puedan cumplir sus funciones. No obstante, la figura del defensor judicial va a tener gran importancia en las particiones hereditarias como se analizará a lo largo de este trabajo.

125 La aceptación a beneficio de inventario supone una garantía para la persona sometida a tutela porque de esta forma no se compromete su patrimonio por deudas de quien le llama a la herencia. Sobre esta figura *vid.* SOLÍS VILLA, I.: *“El beneficio de inventario y la función notarial”*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, LIII, págs. 163-271.

126 Como señala ORDÁS ALONSO, M. (*La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, pág. 344) *“en el caso del legado no cabe responsabilidad ultra vires hereditatis, por lo que el legatario únicamente estará obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor de lo legado, lo que hace innecesaria la autorización judicial para la aceptación de legados”*.

pura y simple o de la repudiación solicitadas implicará la aceptación a beneficio de inventario, según establece expresamente a partir del año 2015 el artículo 95.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Además, debe tenerse en cuenta que el no solicitar de la autoridad judicial el consentimiento exigido para aceptar la herencia pura y simplemente o para repudiarla generará responsabilidad en el tutor por un mal desempeño de las obligaciones inherentes a su cargo, y éste deberá hacer frente a esta responsabilidad con el importe de la fianza previa a su nombramiento –caso de haberla prestado– y con sus propios bienes.

Aceptada pura y simplemente y con la preceptiva autorización judicial la herencia a la que es llamado el sometido a tutela, o a beneficio de inventario directamente por el tutor, el paso siguiente –si bien lo lógico es que fueren simultáneos– nos lleva a la partición de la herencia.

Analizado el artículo 271, 4º, C.c. *a sensu contrario* puede deducirse la no necesidad del tutor de recabar autorización judicial para intervenir en la partición hereditaria, al no contenerse referencia alguna a la misma. Aunque esta deducción resulta innecesaria ya que el artículo siguiente, el 272, se ocupa de señalarlo expresamente “*No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial*”. Y añade el artículo 273 C.c. que “*Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años¹²⁷ o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes*”.

Por tanto, y en relación a las operaciones particionales nos encontramos ante una actuación de cierta relevancia. Quizá no tanta como para que sea preciso recabar autorización judicial antes de llevarse a cabo, pero suficiente como para ser precisa una aprobación judicial *a posteriori* de las operaciones particionales ya efectuadas.

Debe tenerse en cuenta que la redacción de los artículos 271 y 272 C.c. fue alterada tras la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ya que, previamente a la modificación, los casos en los que el tutor requería autorización judicial aparecían distribuidos entre ambos artículos, habiendo quedado recogidos todos ellos tras la reforma únicamente en el artículo 271. Y para la práctica de la partición se exigía tanto autorización judicial previa como aprobación posterior, eliminándose con la reforma la primera de estas exigencias, la autorización judicial previa.

No obstante, y pese a la reforma en los artículos referidos, la Ley 1/1996 no eliminó la contradicción existente entre el artículo 272 C.c. y el 1060 C.c. según el

127 Como señala LASARTE, C. (*Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 391) cuando el tutelado sea mayor de doce años deberá ser oído en todo caso por el Juez, con independencia de que su opinión tenga mayor o menor trascendencia en la decisión que finalmente adopte el órgano judicial.

cual –y antes de ser reformado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria– “Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial (...)”, artículo que la mayoría de la doctrina entendía resultaba aplicable en los casos en que el menor o incapacitado estuviera bajo patria potestad¹²⁸ y el acto no excedía de lo simplemente particional; mientras que si estaba bajo tutela sí hacía falta la aprobación judicial exigida en el artículo 272, porque este artículo es norma específica y posterior, al haber sido redactado por la Ley Orgánica de Protección del Menor del año 1996.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria ha eliminado esta contradicción al haber modificado el artículo 1060 el cual dice ahora expresamente que “*Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada (...)*”.

3. La partición hereditaria

En el caso de que el tutelado no hubiera sido el único llamado a la sucesión del causante, sino que, por el contrario, hubiera más coherederos (sometidos o no a tutela), tras la aceptación de la herencia (a beneficio de inventario o pura y simplemente –con la preceptiva y previa autorización judicial–) será preciso proceder a la partición, fase en la que nos vamos a centrar ahora no sin antes realizar una breve diferenciación de las diversas clases de partición hereditaria que existen en virtud de la forma de practicarse; esto es, la partición practicada por el propio testador, por la persona por él designada (contador-partidor), por el contador-partidor dativo, por los coherederos o, en última instancia, la partición judicial y la arbitral.

Debe tenerse en cuenta –como señala PALOMINO DIEZ¹²⁹– y en relación a estas diversas clases de partición, que “no precisarán de aprobación judicial, en una interpretación *a sensu contrario* del artículo 272 C.c., los actos que no sean propiamente particionales como la adjudicación *pro indiviso* de los bienes hereditarios en la misma proporción en que los tutelados son llamados a la herencia, la partición realizada por el testador o por el contador-partidor, o la división llevada a cabo judicialmente o por árbitros, o, si se trata de confirmar el tutor la partición hecha por el contador-partidor dativo conforme al artículo 1057 C.c.”.

Analizaremos brevemente estos supuestos de partición hereditaria en los que no resulta necesario recabar aprobación judicial posterior aunque haya concurrido

128 *Vid.* PAU PEDRÓN, A.: “La capacidad en los negocios sobre inmuebles”, RCDI, nº634, 1996, pág. 784; ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, AC, 1997-1, pág. 33; PALOMINO DIEZ, I.: *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 445.

129 PALOMINO DIEZ, I.: *ob. cit.*, pág. 466.

un tutelado, para centrarnos a continuación en aquellos casos en los que sí se presentan especialidades propias al actuar un tutor en representación del tutelado.

- a) El primer caso en que no será preciso recabar autorización judicial será en los supuestos de partición realizada por el propio testador. Esta posibilidad es una facultad concedida a éste por ser su voluntad la ley fundamental de la sucesión, siempre que se respeten las disposiciones legales imperativas. En este sentido, el artículo 1056 C.c. establece, en su párrafo primero, que *“Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”*.

El testador puede limitarse a establecer en el testamento la cuota o porcentaje que corresponde a cada uno de los herederos nombrados respecto del total haber hereditario, caso en el que los herederos podrán distribuirse entre ellos los bienes integrantes del caudal hereditario en la forma que libremente acuerden y siempre que el valor de lo recibido por cada heredero sea igual a la cuota establecida a su favor por el testador. Pero es posible que el testador no se limite a nombrar herederos en el testamento sino que también proceda a realizar el reparto o partición de los bienes, asignando a cada uno de éstos bienes concretos en pago de su cuota hereditaria. Es el llamado testamento particional. En este caso, los herederos deberán ajustarse a lo ordenado por el testador en su testamento en orden al reparto de los bienes (a salvo siempre los derechos legitimarios).

- b) La partición también puede hacerla el contador-partidor, que puede ser un contador-partidor testamentario o dativo. Contador-partidor testamentario es aquel que ha sido nombrado con tal carácter por el testador en el testamento para que realice la partición de la herencia; el testador no hace la partición por sí mismo, sino que nombra a otra persona de su confianza para que la realice, el tradicionalmente denominado comisario o, según la legislación vigente, contador-partidor. Y en cuanto al contador-partidor dativo¹³⁰, es el nombrado actualmente por el Notario o por el Secretario Judicial (antes lo era por el Juez)¹³¹ a solicitud de los herederos que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario.

A ambas figuras se refiere el artículo 1057 del Código civil en sus dos primeros párrafos al señalar que *“El testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.*

130 Esta figura fue introducida en la reforma de 13 de mayo de 1981, para remediar los inconvenientes del principio de unanimidad en la partición entre coherederos.

131 Reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario Judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”.

c) Si el testador no hubiera efectuado la partición por actos *inter vivos* o *mortis causa*, ni hubiera nombrado contador-partidor, y los herederos no se pusieran de acuerdo sobre la forma en la que repartir los bienes del fallecido, el artículo 1059 C.c. señala que *“Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. Nos encontramos ante una partición extraordinaria o subsidiaria, cuando no se dan los otros tipos de partición. La partición judicial se practicará cuando no hay unanimidad entre los partícipes, y en cuanto al procedimiento viene recogido en los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que resultan resumidamente las siguientes normas:

- Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia siempre que ésta no deba efectuarla un contador-partidor (art. 782.1 LEC).
- Solicitada la partición se acordará, cuando así se hubiera pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario (art. 783.1 LEC).
- Se convocará a Junta a los herederos, a los legatarios de parte alícuota, al cónyuge sobreviviente y a los acreedores personados en el procedimiento (art. 783.2 y 783.5 LEC).
- Se procederá al nombramiento de un contador por acuerdo de los interesados y en su defecto por sorteo (art. 784 LEC).
- Si hay conformidad con la división realizada por el contador, ésta se aprobará mediante Auto y se mandará protocolizar. Si por el contrario no hubiera conformidad se seguirá juicio verbal (art. 787 LEC).

d) En relación a la partición arbitral, únicamente hacer referencia al artículo 10 de la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), según el cual *“también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”*.

En todos estos supuestos a los que se ha hecho referencia, si bien es cierto que no será preciso la aprobación posterior judicial de las operaciones particionales, lo que si quizá fuera conveniente es poner en el conocimiento del Juez la partición efectuada.

4. La intervención del tutor en las operaciones particionales

A continuación vamos a centrarnos en aquellos tipos de partición hereditaria en los cuales la intervención del tutor implicará especialidades o requisitos adicionales, fundamentalmente en tres de ellas: cuando la partición es convencional, o cuando es realizada por un contador-partidor o por un contador-partidor dativo.

4.1 La partición convencional

Se entiende por partición voluntaria o convencional aquella que efectúan todos los herederos llamados a la herencia de común acuerdo. Según establece el artículo 1052 C.c.: *“Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos”*; y el artículo 1058 C.c. establece que *“Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”*.

Por lo tanto, en cuanto a la capacidad para efectuar la partición, el artículo 1052 C.c. exige para pedir la partición la libre administración y disposición de los bienes, mientras que el artículo 1058 C.c. establece que para llevarla a cabo se precisará la libre administración de los bienes y ser mayor de edad. A la vista de lo anterior se entiende que se exige distinta capacidad para pedir la partición –que es un acto de disposición–, que para ejecutarla, que es un acto de especificación que no excede de la mera administración¹³², siempre, claro está, que la partición se limite a partir la herencia conforme a los artículos 1061 y 1062 C.c., ya que si se apartara de esto, con concesiones recíprocas, estaríamos ante un acto de enajenación y consiguientemente se exigiría la plena capacidad de obrar.

En cualquiera de estos casos, cuando el tutor actúe en nombre del tutelado, se precisará la aprobación judicial posterior de la partición efectuada ex. artículo 272 C.c. Cosa que no parece tan clara en relación a los incapacitados sujetos a curatela, ya que deberá tenerse en cuenta que conforme al artículo 290 C.c. cuando la sentencia de incapacitación no haya precisado los actos en que debe intervenir el curador, éste deberá intervenir en los mismos actos para los que se exige autorización judicial para el tutor. Si tenemos en cuenta que la partición no está sometida a “autorización”, sino a “aprobación”, podría entenderse que

132 Para LACRUZ, J.L. y SANCHO REBUDILLA, F. (*Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid, pág. 152), la explicación a esta argumentación quizá radica en que pedir la partición es un acto traslativo ya que completa la transmisión operada por la delación sucesoria en su conjunto, mientras que, una vez pedida, intervenir en ella es simplemente un acto de administración.

en los casos en que la sentencia de incapacitación somete a curatela pero no indica específicamente los actos en que debe intervenir el curador, no sería precisa ni la intervención del curador en el acto particional ni la posterior aprobación judicial. No obstante, y como siempre hay que pensar en la seguridad de aquel que necesita que le complementen la capacidad, lo más prudente quizá sería entender que el sometido a curatela necesitará el complemento de capacidad de su curador para los actos particionales ya que cuando el artículo 290 C.c. habla de autorizaciones judiciales deberán entenderse incluidas también las aprobaciones.

Volviendo al tutor, resulta evidente que el Juez no siempre estará conforme con las operaciones particionales que se hayan llevado a cabo, por lo que nos preguntamos qué ocurrirá cuando no se apruebe judicialmente la partición efectuada.

A este respecto, quizá lo primero que habría que analizar es el momento exacto en que la partición debe ser remitida al Juez para su aprobación. ¿Este momento será previo a la firma del documento privado o de la escritura pública cuando se haya conseguido alcanzar un acuerdo sobre la partición, o tras la firma de dichos documentos¹³³? Porque si es después, la escritura resultaría ineficaz y habría que proceder a realizar una nueva partición, con lo que se nos plantea una nueva pregunta, ¿se concederá una segunda, tercera o incluso cuarta oportunidad al tutor hasta que consiga hacer una partición correcta y susceptible de aprobación judicial o habrá que nombrar a un defensor judicial en representación del incapacitado?

Para evitar estos problemas, y por economía procesal, lo más conveniente quizá sería que en el mismo acto de solicitar al Juez el permiso para aceptar la herencia pura y simplemente o renunciarla, se le presentara ya un borrador de la partición, porque el Juez necesita tener datos suficientes para que pueda determinar si es conveniente o no para el tutelado la autorización que se le está solicitando. En estos términos el artículo 95.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria sí establece que al Juez habrá que justificarle la autorización o aprobación que se le soliciten (*“El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada”*).

Quizá también, entendemos, la solución pasaría porque el control judicial se ejercitara durante la realización de las operaciones particionales y no después, ya que de este modo podrían ahorrarse múltiples complicaciones. Y lo que resulta evidente es la responsabilidad en que incurrirá el tutor por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar al tutelado en aquel caso en que indebidamente formalizado el acto del tutor no se consiga la aprobación posterior del órgano jurisdiccional.

133 Esta partición negocial sigue el principio de libertad de forma (arts. 1278 y ss. C.c.), esto es, puede formalizarse en documento privado, sin perjuicio de las ventajas que conlleva una partición en forma pública, siendo además preciso hacerlo en esta forma si en la herencia existen bienes inmuebles y se quiere inscribir la adjudicación que le ha correspondido a cada uno, para lo que será necesaria escritura pública de partición otorgada por todos los interesados o la escritura o acta de protocolización del cuaderno particional (art. 80.1.a) RH).

En este punto, resulta interesante analizar qué ocurriría en aquellos casos en los que el tutor no hubiera recabado la preceptiva autorización judicial para aceptar una herencia pura y simplemente y luego pretendiera una aprobación *a posteriori* de las operaciones particionales que hubieran podido llevarse a cabo. Parece ser que nos encontraríamos ante negocios incompletos pero que podrían ser convalidados con una aprobación judicial posterior según ha resuelto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 4 de junio de 2009. Esta Resolución entendió que, ciertamente, el artículo 271.4 C.c., con independencia de la realización simultánea o posterior de la adjudicación o partición del caudal relicto, establece que el tutor necesita autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia a la que esté llamado el tutelado y que el artículo 272 dispone que una vez realizada la partición hereditaria ésta requerirá aprobación judicial. Pero, entiende, que si la intervención judicial posterior aprueba la actuación del tutor respecto de la forma en que se ha aceptado y adjudicado la herencia a la que es llamado el tutelado, deberá considerarse válida la aceptación realizada y producidos los efectos del beneficio de inventario en favor del tutelado, de suerte que las consecuencias de la inobservancia por el tutor del requisito legal de la autorización previa para la aceptación sin beneficio de inventario han de quedar limitadas al ámbito de la responsabilidad de dicho representante legal por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de su cargo¹³⁴. Se convalida, en definitiva, la aceptación pura y simple de la herencia hecha sin autorización judicial.

4.2 La partición realizada por el contador-partidor y por el contador-partidor dativo

El artículo 1057 C.c. permite, en sus dos primeros párrafos, que las particiones hereditarias sean efectuadas por contadores-partidores o contadores-partidores dativos. La partición efectuada por el contador-partidor no precisa aprobación posterior ni judicial ni de los coherederos¹³⁵; mientras que la partición realizada por el dativo precisará la aprobación del Secretario judicial o del Notario salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios de parte alícuota.

Y en su párrafo tercero¹³⁶ establece que *“Lo dispuesto en este artículo y en el anterior (relativo a la partición efectuada por el propio testador) se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas”*.

134 La DGRN argumenta que así resulta de la interpretación finalista y sistemática de los artículos 233, 271.4, 272 y 279 del Código Civil.

135 NÚÑEZ BOLUDA, M^a.D.: *“Las facultades de los contadores partidores del artículo 1057 del Código civil y su reforma por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996”*, AC n^o43, pág. 953.

136 Este tercer párrafo ha sido recientemente modificado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque la modificación no ha sido sustancial ya que se ha limitado a hacer referencia a la curatela sin más añadidos, mientras que antes se decía *“o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas”*.

Por tanto, cuando haya coherederos sujetos a patria potestad, tutela o curatela, el contador-partidor o el dativo deberán, previamente a las operaciones particionales, inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales o curadores de estas personas¹³⁷. Este inventario no es necesario que tenga una forma determinada, pero al menos deberá contener una enumeración y recuento de los bienes que van a conformar la posterior partición, y conforme a la redacción del artículo bastará con que los representantes sean citados al inventario, no siendo necesaria su asistencia a la realización del mismo¹³⁸.

De este artículo llama la atención su párrafo segundo, ya que al establecer que la partición realizada por el contador-partidor dativo precisará aprobación del Secretario Judicial o del Notario “*salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios*”, no hace ninguna salvedad a la posibilidad –prevista en el párrafo siguiente– de que alguno de los herederos o legatarios esté sometido a tutela. En este caso nos preguntamos si bastaría con la confirmación expresa del tutor en representación de su tutelado, o si sería necesario la aprobación judicial *a posteriori* prevista en el artículo 272 C.c.. Es ésta una cuestión importante ya que la ausencia de las formalidades exigidas por el párrafo tercero del artículo 1057 C.c. conllevará la anulabilidad de la partición efectuada según tiene declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias¹³⁹.

A este respecto nos inclinamos por la primera de las soluciones posibles, es decir, que al haber realizado la partición un contador-partidor dativo ya no será preciso solicitar la aprobación judicial posterior, y ello de acuerdo con el Fundamento de Derecho 5 de la RDGRN de 18 de junio de 2013: “Debe tenerse en cuenta que el contador cuando actúe en cumplimiento de la misión que le encomendó el testador ejercita facultades, particularmente la de hacer la partición, que le corresponden por derecho propio (...). Su actuación, por ende, no está sujeta a ninguna limitación representativa, ni tampoco necesita del refrendo o ratificación de los afectados por el proceso partitivo verificado, ni de sus representantes voluntarios, o legales, en caso de que alguno de ellos estuviese sujeto a cualquier orden de representación legal. (...) Por ello, aunque estén interesados en la sucesión personas que no tienen plena capacidad de obrar, no surgen en el curso de la partición conducida por el contador supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limitan a los casos de actuación de un representante legal –sea tutor, curador o defensor judicial– como parte otorgante de un acto particional en nombre de un *aliena iuris*. Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057.3 del

137 NÚÑEZ BOLUDA, M^a.D. (ob. cit., págs.. 954-955) entiende que esta obligación de citar a los representantes legales es una garantía más para esos herederos: “se obliga así a que sus representantes o curadores desarrollen la diligencia necesaria para evitar omisiones en el inventario, o valoraciones injustas, todo lo cual podría producir perjuicios o hacer necesaria la rescisión (art. 1074 C.c.) o la rectificación (art. 1079 C.c.) de las operaciones particionales”.

138 Vid. ABELLARUBIO, J.M^a: *La partición de la herencia*, VV.AA, coordinador O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 212.

139 SSTS de 16 de mayo de 1984, 17 de diciembre de 1988 y 8 de marzo de 1999, entre otras.

Código civil que exclusivamente establece como única formalidad especial de este tipo de operaciones particionales verificadas por el partidor testamentario, cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado, la de citar a sus representantes legales a la formación del inventario”.

5. Conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado. El defensor judicial

Con el fin de asegurar que la función tutelar se desempeñe en beneficio del tutelado (y no en provecho personal de quien la ejerza), el artículo 221 C.c. recoge la prohibición –entre otras– de *“Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses”*. Se trata de una prohibición absoluta, cuyo incumplimiento originará la nulidad radical y absoluta del acto realizado¹⁴⁰ por la persona que desempeñe el correspondiente cargo tutelar. En estos casos en que el representante legal tenga un conflicto de intereses con su representado en la partición (y fuera de supuestos como el 163 C.c., que permite cuando el conflicto sea solo con uno de los progenitores actuar al otro), se hará preciso el nombramiento de un defensor judicial, según establece el artículo 299, 1º C.c.

Por tanto, la regla general de la representación legal es excepcionada cuando existe un conflicto de intereses y éste se produce cuando hay intereses opuestos entre representante y representado. Cuando no exista conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado regirá la regla general. El problema va a residir en determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de oposición de intereses.

El conflicto de intereses en las particiones hereditarias puede darse muy habitualmente porque es frecuente, por ejemplo, que el tutor sea hermano del incapaz, y la herencia deba dividirse entre los hermanos. En este hipotético caso podría pensarse que existiría un conflicto de intereses evidente al confluir en una sola persona la defensa de su interés propio y la del interés de la persona a la que tutela y, por ello, sería preciso proceder al nombramiento de un defensor judicial que represente y vele por el interés de la persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, para estimar que existe conflicto de intereses no es suficiente con que un representante legal y su representado estén interesados en una misma herencia¹⁴¹, sino que será preciso examinar cada caso por separado. Y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo y 2 de agosto de 2012 (con cita de otras previas) han sentado una clara doctrina respecto a cuándo debe entenderse que existe conflicto de intereses entre representante y representado.

140 *Vid.* STS de 8 de junio de 2011.

141 Por citar un caso, la RDGRN de 6 de noviembre de 2002 recoge un supuesto de partición de herencia en la que intervienen la viuda y los hijos del causante. Uno de los coherederos es, además, tutor de dos de sus hermanos que son incapaces. En este caso, se estimó que no era preciso el nombramiento de defensor judicial al no existir entre el tutor y los incapaces intereses contrapuestos y estar en el mismo plano de la relación jurídica, ya que los bienes habían sido adjudicados del siguiente modo: a la viuda la mitad indivisa de cada uno de ellos por su mitad de gananciales, y el usufructo de la otra mitad, conforme a lo establecido en el testamento, y a todos los hijos por partes iguales la nuda propiedad de esta mitad indivisa.

La RDGRN de 23 de mayo de 2012 entiende que para que se proceda al nombramiento de un defensor judicial “es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses”, y no puede darse por sentado que “siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso”. Y, por tanto, en ningún caso, la representación del defensor judicial podrá extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos o a casos de posibles perjuicios no acreditados, deberá ser un conflicto real y actual.

Y añade la RDGRN de 2 de agosto que para excepcionar el régimen general de representación legal es preciso “que entre representante y representado exista una oposición de intereses, es decir, un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica pues de lo contrario haríamos de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal”.

A esto debe añadirse que, conforme reiterada doctrina de la DGRN, nunca puede entenderse que existe contradicción ni conflicto de intereses en una partición si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre partición de la herencia. Como señala *ESPIÑEIRA SOTO*¹⁴², en la partición no habrá conflicto de intereses si los bienes son adjudicados proindiviso, ya que no se llevan a cabo adjudicaciones de bienes determinados a los interesados, sino cuotas indivisas, pasando de ostentar una cuota en la comunidad hereditaria preexistente, a una cuota en una comunidad romana. En la partición habría conflicto si los lotes fueran desiguales o la partición parcial, pero en el caso de adjudicación indivisa no hay ningún cambio en las cuotas de propiedad y el único efecto que se produce es el cambio de la naturaleza de la comunidad. En cambio, en el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí podrá producirse contradicción de intereses derivada de la valoración que se atribuya a los bienes.

Y tampoco puede entenderse que haya riesgo real de conflicto de intereses cuando la partición sea efectuada por un contador partidor ya que y según la RDGRN de 18 de junio de 2013 (Fundamento de Derecho Sexto): “puede afirmarse que tampoco puede haber riesgo real de conflicto derivado de que alguno de ellos represente (en el acto partitivo) los intereses de otros pues tal eventualidad queda descartada por la actuación unilateral del contador partidor, en mérito a su función dirimente. El único conflicto posible es el que eventualmente pueda tener el propio contador con los restantes (o alguno de ellos) interesados en la partición hereditaria. Pero una situación de contraposición de intereses con alguno o algunos de ellos le inhabilitaría para ejercer esta función particional”.

Para finalizar, simplemente señalar que no existe dudas acerca de la necesidad de aprobación judicial de aquellas particiones hereditarias en las que haya

142 *ESPIÑEIRA SOTO*, I.: “Análisis práctico del artículo 166 del Código civil”, www.notariosregistradores.com.

intervenido un defensor judicial, ya que el artículo 1060 C.c. prevé expresamente que la partición en la que intervenga un defensor judicial quedará siempre sujeta a aprobación judicial, salvo que el Secretario judicial hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento¹⁴³. Por el contrario, sí ha sido objeto de discusión si el defensor judicial precisa solicitar autorización judicial previa cuando ha sido nombrado para actuar en alguno de los actos para los que se exige autorización al representante legal. Ésta es una cuestión debatida, aunque la posición doctrinal mayoritaria es la de que al defensor judicial deben exigírsele las mismas autorizaciones que al representante legal ordinario, aunque cabrá admitir que el Juez efectúe al mismo tiempo el nombramiento de defensor y la concesión de autorización para el acto.

¹⁴³ No obstante, y como señala la STS de 15 de octubre de 2008, esta aprobación judicial no será precisa para los actos pre-particionales, como es el acuerdo con uno de los herederos de cual será el lote de inmuebles que le será adjudicado.

Bibliografía

- ABELLA RUBIO, J.M^a: *La partición de la herencia*, VV.AA, coordinador O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- ALONSO PÉREZ, M.: *“La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”*, AC, 1997-1.
- CUENA CASAS, M.: *Comentarios al Código civil II*, vol. 2º, coordinador Rams Albesa, J., Bosch, Barcelona, 2000.
- ESPIÑEIRA SOTO, I.: “Análisis práctico del artículo 166 del Código civil”, www.notariosyregistradores.com.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C.: *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- LACRUZ, J.L. y SANCHO REBUDILLA, F.: *Elementos de Derecho Civil*, V, Dykinson, Madrid.
- LASARTE, C.: *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Aceptación y repudiación de la herencia*, Undécimos encuentros del Foro Aragonés, Actas; www.eljusticiadearagon.com.
- NÚÑEZ BOLUDA, M^a.D.: *“Las facultades de los contadores partidores del artículo 1057 del Código civil y su reforma por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996”*, AC nº43.
- ORDÁS ALONSO, M.: *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- PALOMINO DIEZ, I.: *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PAU PEDRÓN, A.: *“La capacidad en los negocios sobre inmuebles”*, RCDI, nº634, 1996.
- ROCA SASTRE, R.M.: *Derecho Hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1979.
- SOLÍS VILLA, I.: *“El beneficio de inventario y la función notarial”*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, LIII.
- SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, J.M^a: *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. II, Madrid, Civitas, 2002.

