

# **EL ANCIANO DISCAPACITADO E INCAPACITADO: DE LA TUTELA FAMILIAR A LA TUTELA JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL**

---

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS  
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE

---

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se lleva a cabo una crítica del sentido fundamentalmente patrimonialista del régimen jurídico del organismo tutelar regulado en el Código civil hasta la Constitución española de 1978 y de la reforma llevada a cabo en el Código civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. La persona anciana sufre, en ocasiones, discapacidades que llevan a su incapacitación judicial y durante muchos años el sistema de “tutela familiar” olvidó la persona para centrar su interés en el patrimonio del incapacitado, que no siempre se llevaba a cabo judicialmente, sino de mero hecho. La CE y la Ley de 1983 han establecido importantes novedades en la regulación de la tutela, pasando del sistema de tutela familiar al sistema de tutela judicial. Con todo, a mi juicio, los cambios sociales de los últimos treinta años exigen una nueva puesta al día del Código civil en materia de tutela.

**PALABRAS CLAVE:** Anciano. - Discapacidad. - Incapacitación judicial. - Incapacitación de hecho.-

Tutela familiar.- Tutela judicial.- Tutela patrimonial.

Sin lugar a dudas el tema de la protección de las personas discapacitadas e incapacitadas judicialmente es no solo actual sino de enorme interés jurídico-social y económico y, entre ellas, tiene particular significación la figura del anciano que frecuentemente sufre graves discapacitaciones y lleva, en ocasiones, a la fase de incapacitación judicial cuando sufre enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impiden gobernarse por sí mismo.

Las cuestiones son muchas, pero me limitaré a exponer mi punto de vista sobre el mito del Derecho civil como defensor a ultranza de la persona discapacitada de hecho o, tras su incapacitación judicial, sujeta a protección en cualquiera de las figuras que contempla nuestro Código civil, como lo prueba el fracaso de la vieja tutela familiar y el no excesivo éxito de la actual regulación del sistema tutelar.

Ello es, a mi juicio, consecuencia del secular sentido **patrimonialista** de las normas del Código civil en defensa de los que no pueden gobernarse por sí mismos, con evidente

olvido del aspecto personal, pese a que se repita machaconamente que la persona es el centro de gravedad de nuestro Derecho Civil, cosa que, en abstracto, no seré yo el que lo niegue. Finalmente haré algunas observaciones sobre la situación actual.

## EL MITO DEL DERECHO CIVIL COMO DEFENSOR DE LA PERSONA DISCAPACITADA O INCAPACITADA JUDICIALMENTE

La ancianidad, que no es una enfermedad, suele ser compañera de viaje y causa principal de la dependencia y, por supuesto, causa de desigualdades sociales. La dependencia es un estado de las personas en la que debido a la pérdida, total o parcial, de su autonomía física, psicológica o intelectual, necesita de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias más elementales. Y es algo notorio que afecta de manera singular a las personas mayores.

La característica biológica fundamental del envejecimiento consiste en la pérdida de adaptación debido a una disminución de la capacidad de respuesta y esto es mucho más frecuente en los ancianos. Las últimas estadísticas que he leído para tenerlas en cuenta en este trabajo es que el 21% de las personas mayores de 65 años son dependientes, de los que un 5% lo son de forma moderada y un 3% con dependencia severa. Claro que la dependencia no solamente afecta a los ancianos, puede afectar también a personas jóvenes por razones no siempre de salud, pero sí debido a accidentes o circunstancias de otro tipo<sup>1</sup>.

El acelerado proceso de envejecimiento de la población española ha puesto de manifiesto la importancia social de las diferentes situaciones de dependencia en ese último tramo de la vida. Los problemas de la dependencia y de posible incapacitación de las personas mayores de 65 años supone un reto para el Estado del Bienestar dado el brutal importe del Gasto Público en sanidad y otros cuidados de larga duración.

No cabe duda que nos encontramos ante un problema serio que preocupa a las familias y al Legislador y lo peor de todo es que falta dinero o el que hay se emplea mal, muy mal, como lo prueba que la tan cacareada Ley de Dependencia está parada "sine die" o subvencionando menos de lo que se pensaba y en cierto modo "enmascarando" - según he leído - la captación de votos.

Yo no puedo entrar en las muchas cuestiones de interés que presenta el problema de las personas de edad avanzada, empezando por su denominación... ¿viejos, ancianos, abuelos, tercera o cuarta edad? ¿Cual es su puesto en las sociedades desarrolladas? ¿De verdad la sociedad del siglo XXI excluye a los ancianos? ¿Qué se debe hacer para integrar a los ancianos en la familia y en la sociedad? No crean que las preguntas carecen de importancia, pues ya las Naciones Unidas en el año 1999 trató la cuestión bajo el siguiente lema: "**Una sociedad para todas las edades**"...pero a mí juicio no pasó de un diseño sin resultados.

Yo limito mis observaciones al ámbito del Derecho Civil y más concretamente a analizar la secular organización del mecanismo tutelar en el CODIGO CIVIL, por tanto a dos cuestiones: 1º) La tutela familiar en la primitiva redacción del Código civil y su fracaso y 2º) El carácter patrimonialista de la tutela tanto en el Código de 1889 como en su reforma de 1983.

<sup>1</sup> Cfr. María Ángeles Durán, *Desigualdad social y enfermedad*, Ed. Tecnos. Madrid, 1983.

## LA TUTELA FAMILIAR EN LA REDACCION PRIMITIVA DEL CODIGO CIVIL

Entre las tradicionales causas de protección de las personas no hay ninguna que hable de manera expresa del anciano, quiero decir que la palabra anciano no aparece en los muchos preceptos que el Código ha dedicado siempre a la guarda y protección de los discapacitados; claro que no es necesario. El envejecimiento no se ha contemplado nunca “*nominatim*” como causa de protección; sí la menor edad, la prodigalidad (hoy derogada) o la enfermedad, ya que siempre ha quedado englobada como una consecuencia de la enfermedad que por su duración, persistencia y extensión de sus efectos exigía un organismo supletorio de carácter permanente.

La regulación civil del organismo supletorio que con una denominación general llamamos tutela, no ha respondido en ningún momento a la pura tradición romana. E incluso en la primera edición del Código civil en 1889, se olvidaron de nuestro rico Derecho histórico castellano y se copió el Derecho francés que concibió a la tutela como una institución familiar en la que el llamado **Consejo de familia** tenía un papel destacado, pero ineficaz.

La regulación que hizo el C.c. en 1889 se basaba en tres figuras: el tutor, protutor y Consejo de familia. Se derogó la tutela de autoridad que regía en el Derecho de Castilla y se pasó a la llamada TUTELA DE FAMILIA, con una escasa intervención judicial. No se eliminaba la actuación judicial ni la del Ministerio Fiscal, claro que no, pero como señaló la doctrina su intervención era incidental, accesoria y subsidiaria, sin formar parte de la entraña de la protección de las personas incapacitadas de hecho o de derecho y de la normalidad de sus funciones<sup>2</sup>.

La regulación de la tutela en la primera edición del Código civil fue un verdadero fracaso. Ni vigilaba las situaciones de dependencia de hecho ni procuraba la incapacitación judicial ni seguía su funcionamiento. Y cuando se llegaba a organizar el mecanismo tutelar se estaba más atento a los problemas económicos que a los personales. La persona del incapaz NO era el centro de atención de la Ley y por descontado que **el anciano** no era precisamente objeto de especiales atenciones; si acaso diré que hace cien años o más la cuestión se compensaba con un mayor cariño a los viejos en el seno familiar. ¡Lo que no eran lágrimas, eran suspiros!

Basta con sugerir la lectura del texto articulado de la primera edición del Código civil para comprobar que lo que acabo de decir no es una afirmación caprichosa, aunque pueda ser equivocada. El Legislador decimonónico debió pensar que para atender a estas personas que eran incapaces de gobernarse por sí mismas, no era preciso ir más allá de atender a su patrimonio, de suerte que los discapacitados que eran pobres, la verdad es que quedaban en la familia sujetos a la voluntad de sus allegados y es que el contenido de la Base 7ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizó la publicación del Código civil es bien significativa de lo que acabo de decir.

Debieron pensar los redactores del Código civil que no había porqué preocuparse de nada más, pues dentro de los muros de un manicomio o del recinto no menos amurallado de la familia que igualmente los tenían reclusos, los discapacitados no firmaban contratos, ni otorgaban testamento, ni constituían una sociedad anónima, pongo por caso. No les faltaba algo de razón. Desde luego se pasaron por alto muchas

---

<sup>2</sup> Lete del Rfo, José Manuel, Comentario a los artículos 181-332 del Código civil, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tº.IV. EDERSA, Madrid, 1985. Y con posterioridad ver *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

cuestiones y las que se tuvieron en cuenta, las exclusivamente patrimoniales cuando el anciano tenía un buen patrimonio, no se regularon bien. Triste y miserable ejemplo del que hasta hace bien poco tiempo no se ha sacudido el Código civil ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en ocasiones y a su pesar, no tenía otra solución que seguir al Código en el tratamiento de la incapacitación y guarda y tutela de los dependientes y no digamos nada de los enfermos mentales, siempre ignorados, siempre mal tratados.

Había de pasar mucho tiempo para que el bien “salud” tuviera un merecido reconocimiento jurídico incluso a nivel constitucional, como sanciona la CE en sus artículos 43 y 50. La CE concibe la acción sanitaria, en sentido amplio y general, como un servicio público. Y tenemos que llegar a la importante reforma de 1983, tras una serie de significativos Proyectos, para dar una nueva regulación a todo el aparato tutelar español, inspirado en principios totalmente contrarios a los anteriores. Los nuevos principios son los de pluralidad de guarda legal en la que junto a la tradicional tutela se recupera la curatela y aparece el Defensor judicial; además se elimina el avaricioso Consejo de familia y se pasa de aquella tutela de familia a una tutela de autoridad judicial, en la que se dota al Juez de mayores facultades. Pero hasta 1983 las cosas funcionaban mal, sin que yo crea que ahora funcionen todo lo bien que debiera ser<sup>3</sup>.

Ese clima anterior a 1983 solo en parte lo fue allanando la jurisprudencia española, pero hay que esperar a la sentencia del TS de 5 de marzo de 1947, en Ponencia del Magistrado D. Felipe Gil Casares, para encontrarnos con la preocupación de los Jueces por la situación personal de los enfermos mentales o de los ancianos dependientes, entre otros casos. Y se preocupó, como casi siempre ocurría, porque el desafortunado enfermo, que era un viejo, tenía un buen patrimonio. Igual ocurría en la mayoría de los casos y la única razón por la que sus familiares planteaban el pleito era el patrimonio, llegando en ocasiones y por mera avaricia “corvina” hasta el Alto Tribunal. .

Las personas susceptibles de incapacitación judicial y protección, hasta la CE y las nuevas Leyes de reforma en la materia, han sufrido un verdadero encarcelamiento y se les ha privado de libertad sin las suficientes garantías e incluso en nuestros días, en ocasiones se encuentra uno con sentimientos encontrados de si las cosas se llevan a cabo como Dios manda. Debemos recordar que todo internamiento judicial y NO digamos si es de hecho, supone una incapacitación para la vida civil. Y hasta el año 1975 o poco más el panorama era desolador; todo el que se asome a la legislación, a la doctrina y a la interpretación llevada a cabo por los Jueces y Tribunales sabe que digo la verdad.

Con excepciones, como siempre ocurre. Yo creo que desde el punto de vista del Derecho Civil, desde la publicación del Código hasta la CE -con las situaciones excepcionales a las que luego me referiré- la persona dependiente ha sido una persona marginada y digo desde 1889 hasta 1978.

Es lástima decirlo así, pero era así y no de otro modo. Si el anciano dependiente o el enfermo mental no tenían capital, las previsiones legales para cuidarlo eran francamente insuficientes. No digamos nada de sus atenciones médicas y personales. Todo ello era muestra del desinterés social y político por las personas dependientes.

Cuando se inicia la carrera de Derecho se suele oír a los Profesores de Derecho Civil afirmar dos cosas: **una** que la persona es el centro del Derecho Civil y eso, te dicen, desde las Instituciones de Gayo que afirmó aquello de “*omnes ius quo utimur*

<sup>3</sup> Ver la monografía ya citada de María Ángeles Durán, *Desigualdad social y enfermedad*. - AAVV, *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español* Madrid, 1975. Publicaciones del Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

*vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* “ y desde luego el Libro I del C.c., está dedicado a la persona; y otra que en principio toda persona mayor de edad tiene capacidad para actuar con eficacia jurídica en todos los actos de la vida civil, pero excepcionalmente si alguna persona se encuentra en una situación en la que no puede gobernarse por sí misma, se le provee de protección.

Es decir, se les incapacita para poder realizar aquellos actos que no pueden ellos llevar a cabo y en los que es necesario protegerles. Es que a esas personas mayores de edad, pero que son dependientes, se les debe tratar como si fueran menores. Este es el caso de los ancianos enfermos o de los locos o dementes. Al oír esto se quedaba uno convencido de que el Código civil español los protegía adecuadamente. Pero la verdad es que entonces, sobre todo hasta el año 1983, no era así o por lo menos no era cierto por ser afirmaciones incompletas.

Durante muchos años estas personas sufrían encerramiento de **hecho** - permitan que use esta palabra ya que en aquellos momentos se trataba de eso y de nada más - con lo que se iba más allá de lo que el Código civil tenía previsto, sin mayores garantías. En aquellos años la situación era la de un verdadero incapaz de hecho, ya que no se le incapacitaba judicialmente.

Así lo afirmaba nada menos que Don Federico de CASTRO en su “*Derecho Civil de España*”, pero añadía, con la fina intuición del Maestro, que tal cosa no era obstáculo para que a la hora de la verdad y aunque fuera contrario a Derecho, la persona recluida en la casa familiar dependiera en todo y para todo de sus familiares. Era una incapacitación “**de facto**”, con todas las desventajas que tiene para el anciano, enfermo mental o discapacitado, en general.

Solamente cuando nos encontramos con un patrimonio importante aparecía la incapacitación judicial y es que todo el aparato tutelar de nuestro Código estaba pensado y organizado patrimonialmente. Solo servía para proteger a las personas dependientes pero con patrimonio. El abuelo con dinero o el deficiente mental con un buen patrimonio. Y aun lo que acabo de señalar - que es opinión unánime de la escasa doctrina de aquellos momentos - debo matizarlo, en el sentido de que al anciano o enfermo mental rico, por el solo hecho de serlo tampoco su familia procuraba organizarle su tutela, quiero decir que no es que se pusiera en marcha el organismo tutelar. Esto ocurría sólo cuando era necesario **rentabilizar** el patrimonio del enfermo. Y es que no era frecuente la actuación de oficio y todo, absolutamente todo, estaba en las manos de los familiares. Esa era la TUTELA DE FAMILIA.

En esta triste situación los ancianos o enfermos mentales recluidos en los pocos y malos Establecimientos psiquiátricos o en sus casas, la mayor de las veces no estaban incapacitados conforme a las normas del Código civil y de la Ley Procesal, pero SI QUEDABAN INCAPACITADOS DE FACTO. Y la diferencia, como es sobradamente sabido, está en que la incapacitación conforme a la Leyes civiles y procesales es una incapacitación “*de iure*” y se establece EN INTERES DEL TUTELADO, en tanto que la incapacitación mediante el “encierro” de hecho, se montaba en interés de la familia sin garantías para el enfermo.

Y es que yo creo que el clima al que acabo de referirme era consecuente con los principios filosóficos y políticos que inspiraron el Código civil. El Código civil y esto se debe recordar, estaba inspirado en una **ideología liberal** y por lo tanto proyectada básicamente en la protección de la propiedad, en la libre contratación y en una concepción patrimonial, autoritaria y jerarquizada de la familia. El que no sepa esto es que no conoce el espíritu de la Codificación española.

## EL CARÁCTER PATRIMONIAL DE LA VIEJA TUTELA DE FAMILIA

Las observaciones que siguen tratan de confirmar que el aparato tutelar de nuestro Código antes de la reforma de 1983 era fundamentalmente patrimonial y que se ocupaba escasamente de la persona del anciano, del enfermo o del que no podía gobernarse por sí mismo, en palabras de añejo sabor romano. Esto fue así hasta la reforma de 1983 y algo ha cambiado el panorama que ha pasado de la tutela de familia a la tutela de autoridad o tutela judicial, dando una nueva formulación a las causas de incapacitación, suprimiendo la incapacitación por prodigalidad e interdicción civil y volviendo a regular la curatela para determinados casos, así como introduciendo la figura del defensor judicial y la guarda de hecho, exigencia que venía demandada, precisamente, por la insuficiencia del viejo e inoperante sistema tutelar.

Sin embargo llegar a ese juicio tan precario de la primera regulación de la tutela no era fácil a primera vista; los que se acercaban al texto articulado del Código isabelino, comprobaban que a la ordenación jurídica de las personas incapacitadas le dedicaba más de 100 artículos en el Título IX del Libro Primero, concretamente del artículo 199 al 324 y en esto no se ha cambiado de manera sustancial. El profesional del Derecho, e incluso el profano, podían decir que el Código prestaba a las personas dependientes atención y mucha, si tenemos en cuenta que el Libro Primero del Código apenas si llega a los trescientos artículos, 333 para ser exactos, y casi cien preceptos los dedica a la tutela; desde luego no olvidaba a los ancianos en cuanto encajaban entre los posibles sujetos a incapacitación.

Ahora, tras la reforma de 1983, es el artº. 215 el que trata de la persona y bienes o solamente de la persona o solamente de los bienes para establecer la guarda y protección de estas personas, en su beneficio y siempre bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Luego tanto en el viejo texto derogado (y en el vigente) la persona está en primer lugar y esto - sin entrar en más detalles - merece, de entrada, un juicio positivo, pues el Legislador coloca en primer lugar a la persona, como fruto de un **cierto** humanismo liberal de la etapa codificadora<sup>4</sup>.

No se trata de ser reiterativo, pero tengo interés en que quede claro que el Código civil poco o nada se ocupaba de los ancianos ni de las personas discapacitadas **A MENOS QUE HUBIERA POR MEDIO DINERO** y tal cosa a pesar de la letra de algunos artículos del Código como el derogado artículo 216 que establecía que antes de declarar la incapacidad, los Tribunales debían oír al Consejo de familia y examinar por sí mismos al denunciado como incapaz (lo que en la actualidad recogen con mucho detalle los arts. 222 a 233 C.c.); es decir un ineludible aunque sumario procedimiento junto con los informes médicos oportunos. Era papel mojado.

Y a idéntica y falsa conclusión se llegaba con la lectura del artº. 203 y 269, 3º ya derogados. La conclusión era que solamente tras la resolución judicial de la incapacitación era cuando se podía constituir la tutela y el tutor proceder a la incapacitación judicial e internamiento en su caso, **PERO CON EL CONSENTIMIENTO DEL CONSEJO DE FAMILIA**, pues así lo ordenaba el artº. 269, 3º del c.c. Y todavía más, en el viejo texto, ya derogado, el artº. 203 encomendaba a los Jueces Municipales del lugar en que residía la persona dependiente, proveer su cuidado y el de sus bienes hasta el nombramiento de tutor.

Todo esto que acabo de señalar resumidamente, podía llevarnos a la conclusión de

<sup>4</sup> Sancho Rebullida, F., *La tutela e instituciones afines conforme a la ley de 2 de octubre de 1983*. Barcelona, 1983.- Sesma Urzaiz, *La estructura de la tutela: su evolución histórica*, en RGLJ, año 1985.

que nuestros Legisladores estaban muy preocupados por la protección de la persona dependiente, tratando de evitar abusos. Sin embargo la conclusión sería apresurada e incorrecta. Son solamente apariencias. No era verdad, no ha sido nunca verdad que la protección personal del anciano o del enfermo, pongo por caso, fuera lo primordial para el Legislador civil, pues por el contrario un estudio detallado de las normas del Código y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de aquellos años muestra que la atención a la persona era un aspecto secundario y residual.

Y diré algo más. No es que los Jueces y Tribunales olvidaran el aspecto personal, con evidente trasgresión de la norma que ellos deben inexcusablemente aplicar, de ninguna manera. Los jueces y Tribunales olvidaban el cuidado de la persona sujeta a tutela, como consecuencia de la simple aplicación de las normas del Código. Quiero decir y digo que se limitaban a dar cumplimiento a unas normas que parecían decir una cosa y en el fondo era otra. El resultado de las sentencias era la consecuencia de la aplicación coherente de unos principios **ajenos a la persona** dependiente.

Creo que esta protección básicamente patrimonialista del discapacitado tiene una razón histórica y que posiblemente esté en la redacción del artº. 307 del Proyecto de 1851, copiado del modelo francés. En cualquier caso las referencias que nuestro Código contiene en esta materia a la persona, puede que lo haga pensando más en los menores que en los mayores incapacitados como son los ancianos enfermos y dependientes.

Daré un solo ejemplo en el viejo texto de nuestro Código, muy elocuente en relación con lo que estoy diciendo: **el derogado artº. 213**, al que ya me he referido, contemplaba sólo el aspecto patrimonial: **“No se puede nombrar tutor... sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes”**. Lo importante es el patrimonio en la primigenia regulación de la tutela. Y NO BUSQUEN LA CURATELA porque el Código de 1889 NO la regulaba y no se diga que la palabra BIENES está empleada en sentido amplio y omnicompreensivo de los bienes MATERIALES Y DE LA PREOCUPACION POR LA PERSONA DEL TUTELADO, sencillamente porque no es verdad.

La **“curatela”** se incluye en la reforma de 1983, como se incluyó la posibilidad de moderar el grado de incapacitación, así como que la tutela se organice en beneficio del tutelado y la posibilidad - no exenta de críticas - de dos tutores: uno de la persona y otro del patrimonio.

Sirva de consuelo el que la regulación **fundamentalmente patrimonial** de la tutela del loco o demente en nuestro Código civil es igual a la de todos los demás Códigos europeos del siglo XIX: en todos prevalece lo patrimonial frente a los aspectos personales del enfermo mental.

### ¿Y cual era el criterio del Tribunal Supremo?

El análisis de la jurisprudencia sirve para reflexionar sobre el cómo, cuando y porqué la norma vigente se observa mal o no se aplica en su totalidad y para que el razonamiento del jurista no se desarrolle fuera de la realidad por eso es necesario conocer lo que dicen nuestros Jueces y Tribunales en la aplicación del Derecho y de esta manera comprenderemos los límites del problema. UN MUESTREO LO PRUEBA<sup>5</sup>.

Las sentencias del Supremo que he consultado antes de la reforma de 1983 van desde la de 24 de junio 1905 a la de 21 octubre 1971 y todas prueban que la incapacitación y la constitución de la tutela con todas sus garantías, sólo tiene lugar cuando hay un patrimonio que administrar. SE ATIENDE A LOS RICOS, NO A LOS POBRES.

<sup>5</sup> Cfr. el interesante estudio de AAVV, sobre *La administración de Justicia y las personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial, Madrid, año 2000.

Estos permanecen, casi siempre, bajo la guarda de algún familiar o allegado en el propio domicilio familiar o internado en una situación de incapacidad de facto.

**STS de 24 junio 1905: el caso de Doña Claudina. Excelente sentencia en Ponencia de D. Vicente Piniés, en Sala con Aldecoa y Covián.**

Doña Claudina - así se llamaba - estaba recluida en un establecimiento psiquiátrico y sin la previa incapacitación judicial. Sin intervención judicial la llevaron allí y santas pascuas. Añadamos a esto que en aquellos tiempos conforme a la Ley el marido era el representante legal de la esposa; no voluntario. Así estuvieron las cosas durante muchos años y poco o nada importaba la persona de Doña Claudina. Pero el marido sintiéndose enfermo grave hizo testamento ordenando varios legados y una pensión vitalicia para su esposa de 600 pesetas mensuales - CANTIDAD ENORME EN EL AÑO 1905 -. Y hete aquí que a los pocos días de la muerte del esposo, los familiares constituyeron la tutela de Doña Claudina para manejar la pensión.

**STS de 6 junio de 1900: el caso de Don Tomás, de la que fue Ponente D. José Garnica.**

El joven Tomás era un enfermo mental recluido en su casa al cuidado de sus padres. Así estuvo años y años. Al morir sus progenitores es cuando se iniciaron con toda urgencia los trámites de su incapacitación y tutela. La razón era la herencia de Don Tomás. Recomiendo la lectura de la sentencia y las manifestaciones del Fiscal.

**STS de 15 de marzo de 1912: el caso del Coronel retirado, en Ponencia del Magistrado D. Víctor Covián.**

Don Santiago Benito Infante era un Coronel retirado que vivía en Madrid con su segunda esposa D<sup>a</sup>. Ana Toledo Cadaval de la que no tenía hijos. Sí, de su primer matrimonio. La insistencia de su mujer hizo que se trasladaran a Sevilla donde vivía toda la familia de la esposa, pero como le sentaba mal el clima, D. Santiago pensó volver a Madrid y aquí comenzaron los disgustos matrimoniales. Un buen día decidió trasladarse él solo y allí se fue a vivir en la pensión "Las Infantas". Su esposa inició en Sevilla expediente de incapacitación, fundado en falsa locura del marido y el caso es que se tramitó e incluso se llegó a formar el **Consejo de familia con parientes de la mujer exclusivamente**. Se basaba la señora en que 18 años antes había sufrido una hemiplejía con afasia. Todo el pleito era para cobrar la paga de jubilación del marido, más 50 duros y dos pesetas de la Cruz pensionada de San Hermegildo, sin importarle lo más mínimo la persona del marido.

**STS de 19 de abril de 1971: el caso del marido pertinaz**

Este marido era incansable y solicitó la incapacitación de su mujer más de cuatro veces. El Juez la denegaba por estimar que la señora era capaz de gobernarse por sí misma. Pero el seguía incansable hasta conseguir su internamiento y lo consigue 20 años después del primer intento. Hasta aquí normal. Lo que ocurre es que en ese periodo de tiempo la tuvo recluida en varios Centros sin intervención judicial y procediendo con métodos contrarios a la voluntad de la infeliz. El marido lo reconoció en el pleito. ¿Qué hizo el Ministerio Fiscal? NADA.

Las mismas razones exclusivamente económicas se ven en las sentencias de 20 enero 1904 ("el caso de los cinco médicos"); 25 marzo 1961 ("el caso de los hermanos sordomudos"); 13 de mayo de 1960 (" el caso de la hija ambiciosa") la de 7 de abril de 1965 (" el caso del que en verdad no era imbécil") y algunas otras que despiertan curiosidad y compasión.

## LA NUEVA SITUACION JURIDICA DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL

No cabe duda que su examen, para ser completo, debería ser doble: por una parte desde el punto de vista de la actividad de la Administración Pública en lo que se llama atención a las personas en situación de dependencia, pero está claro que tales extremos ni me corresponden ni tengo competencia profesional para hablar de tal cosa, si bien debo repetir que es insuficiente y que faltan muchos recursos públicos para atender a estas concretas necesidades, las de un grupo social amplio (cada día mayor) y pienso que el Estado central y las Comunidades Autónomas **abusan del amor de los padres y familiares**. Todavía hay miles de casos de ancianos abandonados a su suerte en medio de un dramático silencio y una desesperante soledad de las familias.

Y por otra parte interesa saber si en la actualidad nos encontramos con una mejor regulación en el campo del Derecho civil CODIFICADO". Tras la Constitución de 1978 y la reforma del Código civil en materia de incapacitación, tutela y guarda de menores e incapacitados en virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre **algo se ha ganado**. Esto no se puede negar y a ello ha contribuido, lógicamente, lo dispuesto en los artículos 14, 49 y 50 de la CE, éste último dedicado de manera expresa a la llamada tercera edad, que, desde luego, ha sido un estímulo para que el Legislador ordinario haya superado - ligeramente- el viejo esquema patrimonialista de la tutela, abriéndose a un nuevo sistema de mayor protección y posiblemente a ese designio responda el nuevo artículo 215 del Código. El nuevo precepto, se ha dicho que es más proteccionista.

**¿Pero más proteccionista de la persona del tutelado o como siempre de su patrimonio?** La atención a la persona debería ser lo primero porque todo texto normativo posterior a la Constitución, debe acomodarse al texto constitucional y por lo tanto en materia de personas dependientes, la protección fundamental debe ser su persona, conforme al artº. 10 de la propia Constitución. Y vuelvo a preguntarme:

**¿La nueva regulación de las personas dependientes en el Código civil vigente, está de acuerdo con lo que acabo de señalar?**

Desde luego la reforma post constitucional llevada a cabo en esta materia por la Ley de 24 de octubre de 1983 no se puede negar que parte de postulados contrarios a la redacción del siglo XIX, pues como he señalado antes se pasa de un sistema de tutela familiar a otra de carácter judicial; ya era hora de olvidarse de la tutela de los incapacitados como un asunto específico de la familia y encuadrarlo, como acertadamente se ha hecho, en la órbita judicial, al ser un asunto que afecta al interés general. Lo que hizo la Ley de 1983, lo confirmó después la reforma de la adopción por Ley de 11 noviembre de 1987 que da protagonismo al Juez y al Ministerio Fiscal y en "tono menor" otras Leyes estatales y autonómicas.

A la deseada meta para superar el viejo esquema patrimonialista de la tutela y así abrirse a un nuevo sistema de mayor protección de la persona, mas adecuado con los principios constitucionales de los artículos 10, 14, 49 y 50, pienso que se aportan, en la legalidad vigente, nuevos criterios sobre la actuación judicial y fiscal dada la gravedad que supone privar a una persona de la capacidad de obrar, o determinar quiénes son los titulares de las acciones tendentes a promover la incapacitación.

Pero sigo siendo algo pesimista porque si bien el nuevo artículo 215 abre nuevos horizontes, sin embargo la vigente estructura de la institución tutelar y **sus efectos**, - y les recuerdo lo que decía el notario González Palomino de que EN DERECHO TODO LO QUE NO SON EFECTOS ES MUSICA CELESTIAL - con la consiguiente delimitación de la actuación del incapaz, no supone - a mí juicio - que se haya

abandonado totalmente la primacía del aspecto patrimonial. A medida que estudio con más detalle la legalidad vigente en materia de tutela de los discapacitados, de todos, menos convencido estoy que se haya conseguido un mayor protagonismo de la persona y menos de su patrimonio. Y ello porque muchas de las medidas legales de actuación siguen teniendo una dosis excesiva de “*economicismo*”.

Y es que el tema de la tutela se inicia con un controvertido artículo: el 215 del C.c. Decía yo antes que este precepto abre nuevos horizontes y es verdad. Pero el Legislador de 1983 no ha sabido resolver la cuestión o la tensión de ese binomio “**persona / patrimonio**”; ya sé que resolverlo no es fácil, y solamente con muy buena voluntad, si se analiza desde una posición generosa, se puede decir que el artº. 215 del C.c., ha recuperado LA PRIORIDAD DE LA PERSONA DEL TUTELADO, frente al viejo criterio patrimonialista que hacía inútil e injusta la idea de incapacitación IGUAL a protección.

Pero creo que el nuevo artº. 215 no presenta un verdadero predominio de la protección de la persona del incapaz como debería ser de acuerdo con los arts. 10, 39 y 49 de la CE frente al secular predominio patrimonialista que, como he tratado de señalar, explicaba la inoperancia de la función tutelar cuando no había un patrimonio cuantioso y rentable. Yo mas bien creo que el nuevo artº. 215 no ha sabido resolver la cuestión a pesar de que de su letra es evidente que podemos ahora - NO antes - diversificar la tutela en una tutela de la persona y otra del patrimonio, ¡lo que realmente no es poca cosa!

Pero esa alternativa si se lee despacio el precepto solamente es posible en el caso de la tutela y no en la curatela que por principio está pensada y regulada exclusivamente para la protección patrimonial ,como tampoco en el caso del defensor judicial y aun en el caso de la tutela, la aplicación del artº. 215 presenta muchos problemas prácticos en el caso de ejercicio de acciones judiciales del tutelado y otros problemas que vienen impuestos por el artº. 236 del propio C.c., PUES PARA QUE EN LA NUEVA REGULACION DE LA TUTELA SE PUEDA NOMBRAR UN TUTOR EXCLUSIVO DE LA PERSONA, conforme al artº. 236, 1º deben concurrir circunstancias especiales que debe apreciar el Juez y esto agrava los problemas. Y además el citado apa. 1º del artº. 236 termina diciendo que en estos casos, de un tutor para la persona y otro para el patrimonio, “**las decisiones deberán tomarse conjuntamente**” Demasiadas complicaciones.

Las cuestiones dudosas muchas. Las tropelías familiares más de las que pensamos cuando se trata de INTERNAMIENTOS EN CASO DE URGENCIA y habría que establecer con seriedad los oportunos Servicios de Inspección y Vigilancia para comprobar que los responsables de los Centros cumplen escrupulosamente con su obligación de dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y en todo caso dentro del plazo de 24 horas del ingreso, para que a renglón seguida se dé cuenta al Fiscal.

Una primera observación es en tanto que el Código civil exige para que haya “causa de incapacitación” que la deficiencia o enfermedad psíquica sea “**persistente**” en cambio el artº. 763 de la Ley procesal NO lo pide y le basta y sobra con que el trastorno impida a quien lo padece decidir por sí su internamiento. Aquí juega la decisión del Juez con los informes médicos. Habría sido mejor establecer un criterio uniforme.

El artº. 763 de la LEC no establece quiénes están legitimados para solicitar la autorización previa del internamiento, pero creo que deben ser las mismas que lo están para interponer la demanda de incapacitación (artº. 757, 1 LEC), así como el Ministerio Fiscal.

Y para terminar diré que estamos ante uno de los problemas sociales y jurídicos de mayor importancia en nuestro tiempo. Una prueba es el número de sentencias recientes

- entre el año 2001 a 2004 - que he visto pacientemente y no estoy seguro de que estén todas, en cuestiones de incapacitación, sus causas, enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, como la oligofrenia, esquizofrenia, paranoia, depresiones, trastorno bipolar, Alzheimer, **demencia senil**, epilepsia o anorexia, entre otras causas frecuentes que llegan a los Tribunales, clases de incapacitación, su procedimiento, medidas cautelares e internamiento: llegan a **195** resoluciones judiciales; de ellas 17 lo son del Tribunal Supremo, una del TSJ de Castilla-León y el resto de las Audiencias Provinciales. El mayor número corresponde a Madrid y Barcelona.

La lectura de cualquiera de ellas nos descubre el gran drama humano de la enfermedad mental que exige cada día más y mejores respuestas legislativas. Y lo cierto es que esa inquietud del Legislador ha dado lugar en los últimos años a una abundante normativa de contenido variado, fundamentalmente social, pero de indudable influencia en el campo del Derecho Civil y tanto en la que solemos llamar legislación estatal como autonómica que, en ocasiones ha tomado la delantera creando figuras jurídicas como la AUTOTUTELA O EL ACOGIMIENTO DE MAYORES DE EDAD, como es el caso del Código de familia en Cataluña o la Ley del Derecho de la Persona en Aragón y que resultan de enorme interés como mecanismos de tutela de los intereses y necesidades de estos enfermos.

He tratado de convencer acerca del **mito secular** de que nuestro Código civil protegía a la persona del tutelado en cualquiera de sus situaciones, cuando no era cierto, así como de la insuficiencia de la reforma llevada a cabo en el año 1983, si bien supuso un notable avance. Pero a mi juicio la TUTELA EXIGE UNA NUEVA REFORMA.

Quede como conclusión que no he tratado otra cosa que no sea afirmar que los modelos de tutela del pasado siglo XX están superados y por tanto en buena parte la reforma del Código civil de 1983. La legislación codificada sigue siendo excesivamente rígida para solucionar los muchos problemas de los discapacitados, cualquiera que sea su causa, en la sociedad actual, pues algunos de sus planteamientos son atentatorios a los derechos de la persona del tutelado.