

# ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL, DEPENDENCIA Y PREVISIÓN DE LA AUTOPROTECCIÓN

Gerardo Hernández Rodríguez y M<sup>a</sup> del Carmen Meléndez Arias

*Universidade da Coruña y Universidad San Pablo-CEU  
Departamento de Sociología y Ciencia Política y de la Administración*

**Resumen:** *En las sociedades occidentales y desarrolladas se está haciendo patente, asociado a la transición demográfica, el envejecimiento de la población. Al mismo tiempo, y afectando a las personas de edad más avanzada, se constata una cada vez mayor dependencia y la familia sigue siendo la institución que asume, mayoritariamente, la responsabilidad y las cargas de esta dependencia. Ante esta realidad, las administraciones públicas han de establecer medidas legales y recursos sociales para la protección de quienes, en razón de sus diferentes niveles de dependencia precisen de ello. En este contexto, las personas han venido reclamando el derecho a ser dueñas de su futuro y a decidir sobre sus personas y sus bienes. Para dar respuesta a esta demanda nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado, en los últimos años, figuras legales orientadas a la prevención de la autoprotección.*

**Palabras clave:** *Envejecimiento, dependencia, familia, tutela, autoprotección.*

**Abstract:** *The aging of the population, associated to demographic changes, is becoming clear in developed western societies. At the same time, the most elderly people become more and more dependent and the families continue to be the institution assuming the main responsibilities and burdens of this dependency. Facing this reality, public administrations must establish legal measures and social resources for the protection of those in need of them, depending on their levels of dependency. People affected by this situation have been demanding the right to decide their own future, wellbeing and properties. In order to respond to this request, our legal system has recently developed legal figures aimed at preventing self-protection.*

**Key words:** *aging, dependence, family, tutelage, self-protection.*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos sociodemográficos más característicos de nuestra sociedad, es el envejecimiento de su población. Este envejecimiento supone la existencia de una relación desproporcionada entre la población mayor de 65 años y la infantil o juvenil que ha de dar lugar al relevo generacional.

Y este fenómeno, planteado en estos términos, supone, a su vez, la reducción de los miembros de la familia, las dificultades de éstos para asumir el cuidado de los mayores dependientes y la necesidad del establecimiento y desarrollo de normas y recursos, tanto de índole legal como social, para dar cobertura a estas necesidades y propiciar la protección de esa población

dependiente, teniendo muy presente que esa dependencia puede ser física, mental o económica.

En nuestra sociedad el Derecho ha de procurar siempre el amparo y la protección del más débil, de quien, por diversas circunstancias, no es capaz de desempeñar plenamente las funciones de su condición de persona, tanto física como jurídica.

Frecuentemente, cuando se promueve la incapacitación de un menor se hace con la intención de protegerle. Pero cuando esta demanda se plantea para una persona mayor, hay ocasiones en las que la intencionalidad es muy distinta. Se intenta reducir o eliminar la capacidad de disponibilidad de sus recursos mirando hacia una futura recepción de los mismos, lo menos mermados posible, por parte de sus sucesores.

En otras ocasiones la actuación es la opuesta: evitar la incapacitación del mayor para que, sin control o supervisión judicial, se pueda conseguir del afectado una prodigalidad, de la que en razón de su estado no es plenamente consciente, en beneficio de los familiares que de tal modo actúan.

Es evidente que estos hechos constituyen, en su naturaleza y sus consecuencias, una problemática social, humana y legal a la que nuestro ordenamiento jurídico trata de responder con medidas que favorezcan la capacidad de obrar, presente y futura, de los ciudadanos. Una de estas medidas legales con repercusión social es la referida a la previsión de la autoprotección. Y, por cuanto antecede, es por lo que, desde la doble perspectiva social y legal, y dentro del área de las ciencias jurídicas y sociales, vamos a abordar el tema del presente estudio.

La pérdida progresiva de capacidad, es un problema que puede afectar tanto a las personas con discapacidad, como a las que siendo plenamente capaces de obrar y no padeciendo discapacidad alguna, por razones de edad o determinadas enferme-

dades, ven disminuir progresiva y gradualmente su capacidad natural.

La incapacitación judicial no siempre es la solución al problema, unas veces porque, la delimitación de la capacidad de obrar plena o suficiente y de la incapacidad es dificultada por momentos de lucidez, y en otras, porque, al tratarse de un familiar próximo, el sentimiento es de rechazo a aquella.

Es un derecho inalienable de toda persona el regular las situaciones por las que atraviesa a lo largo de su vida, siempre dentro del marco que la ley le otorga, y por supuesto, también de su futura incapacidad, más cuando es posible, el diagnóstico de la enfermedad y su evolución respecto a la capacidad de obrar.

La potenciación de la autonomía de la voluntad como medio de regulación de las relaciones en el ámbito familiar, es una tendencia del legislador, que progresivamente se ha instalado en nuestro ordenamiento, donde su esfera tradicional fue la patrimonial, ocupando otras materias del Derecho Civil.

La pretensión, es que, la intervención judicial se limite a los supuestos estrictamente necesarios, en caso de conflicto para decidir el cumplimiento o incumplimiento de las estipulaciones establecidas por el interesado.

En el Derecho español, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como forma de regulación de la protección de la incapacidad fue escaso y tardío, sobre todo para la persona que sufre esa situación de pérdida de capacidad natural, pasando de largo la Ley 13/1983 de reforma de la tutela, que solo se refería a las disposiciones paternas respecto a sus hijos menores o incapacitados, limitando al máximo las posibilidades de previsión por parte del incapacitado.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, es la encargada de introdu-

cir las instituciones jurídicas necesarias y de modificar adaptando algunas ya existentes, para que la regulación de la protección de la propia incapacidad sea efectiva, en Galicia será la Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia.

No se trata solo de suplir la voluntad de la persona que sufre la pérdida de capacidad de obrar, sino de que todo el que sea capaz pueda prever su propia protección en el supuesto de que se dé esa situación en el futuro.

Ese adelantarse a necesidades futuras, incluye la previsión de la incapacitación judicial y de la constitución de la institución de guarda, o evitando la incapacitación.

El objeto común es la puesta a disposición de quien lo necesite, de los instrumentos necesarios para la protección de sus intereses personales y patrimoniales, que le permitan una vida digna cuando no pueda decidir por sí mismo.

Analizaremos, las soluciones propuestas para la protección de la incapacitación judicial: la autotutela, la incapacitación voluntaria o auto-incapacitación, el apoderamiento preventivo que también tiene su aplicación a los momentos previos a la incapacitación judicial, y también en orden a la evitación de este, y las instrucciones previas o voluntades anticipadas, que tienen como fin manifestar las directrices a las que el interesado quiere que se ajuste el cuidado y atención de un estado terminal de su salud.

Pero antes centraremos le tema, por lo que a los aspectos sociales y familiares se refiere, partiendo de la realidad actual que nos muestre la dimensión del envejecimiento de la población española, de la dependencia a la que se ve abocada una parte cada vez más significativa de esa población y del papel que representa en todo este proceso la familia porque, mayoritariamente, es la institución que sigue asumiendo un alto porcentaje de las responsabilidades asociadas a esta realidad.

## II. DIMENSIÓN SOCIODEMOGRÁFICA DEL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL Y LA DEPENDENCIA

### Situación actual y tendencias futuras

Hay una serie de causas de muerte que, merced los avances científicos, higiénicos y sanitarios, han sido ya superadas. Pero nuevas patologías afectan al ser humano que, debido al aumento de la esperanza de vida, se manifiestan en las edades más avanzadas de éste y que, frecuentemente, son de larga duración, tales como la enfermedad de Alzheimer y otras demencias, que dan lugar a elevados grados de dependencia con notorias repercusiones en la familia, que ha de afrontarlas, y en la sociedad que ha de instrumentalizar nuevos recursos para evitar o paliar en la medida de lo posible sus efectos.

El envejecimiento de la población es un fenómeno definido a partir del aumento de la proporción de mayores de 65 años con respecto al total de la población. Se mide a través del Índice de Envejecimiento, es decir, del cociente entre la población mayor de 65 años y la población total, multiplicado por 100. Este indicador expresa el peso de la población mayor en la población total. En el caso de España, al 1 de enero del año 2009, es del 16,9% y del 21,7% en Galicia.

Se diferencia del Índice de Vejez (cociente entre los mayores de 65 años y la población de entre 0 y 14 años, multiplicado por 100) en que éste hace referencia a la renovación de una sociedad. Es por eso que también se le denomina Coeficiente de Renovación. Y que, también para el caso de España y en la misma fecha es del 114,7, es decir, que por cada 100 menores de 14 años tenemos a 114 personas mayores de 65 años. En Galicia se eleva a 191,7 este porcentaje.

Si bien el envejecimiento como fenómeno demográfico puede expresarse de un modo simple, es mucho más complejo tanto por sus causas como por sus conse-

cuencias. Aunque a menudo sea habitual relacionar el envejecimiento con el descenso de la natalidad, éste es sólo el resultado de un proceso de cambio global en las condiciones de reproducción de las poblaciones. Es la Transición Demográfica. En España, la Transición Demográfica tiene un inicio más tardío que en el resto de países occidentales mediterráneos, pero tuvo un ritmo mucho más rápido que en los países occidentales en general.

Comienza en el siglo XX y tanto la mortalidad como la natalidad empiezan y continúan con un curso descendente que resulta en una pirámide poblacional en la que se acentúa el peso de los mayores de 65 años y se reduce el peso de los jóvenes. La imagen de esta pirámide es pues, opuesta a la figura de una pirámide habitual puesto que la base es de menor tamaño que el vértice.

El envejecimiento, desde el punto de vista demográfico, está determinado por tres factores esenciales:

1. La estructura por edades, resultado del descenso conjunto de la mortalidad y la natalidad durante la primera fase de la Transición Demográfica
2. Los cambios actuales y futuros del nivel y la estructura de la mortalidad
3. La evolución de la fecundidad, desligada del nivel de mortalidad en la actual Segunda Transición Demográfica

En España, actualmente, el crecimiento vegetativo es de signo positivo (2,88). El Índice de Crecimiento Vegetativo es el resultado de restar los nacimientos (518.967) menos las defunciones (385.954) dividido entre la población total (medida a mitad de año) y multiplicado por 1000.

El crecimiento de la población mayor de 65 años ha sido rápido, amplio y continuo en todos los países desarrollados, por

lo que se ha denominado un proceso de Revolución demográfica o Seísmo demográfico. Un indicador claro de este proceso es la evolución de la esperanza de vida. La correspondiente a España, desde el año 1900 hasta el 2006, ha pasado de 34,7 años para el total de la población (33,8 para los hombres y 35,7 para las mujeres) a 81,0 para el total de la población y 78,0 para los hombres y 84,0 para las mujeres. Una de las grandes preocupaciones del envejecimiento poblacional se refiere a la carga económica y de gasto de recursos que la población anciana supone.

Dentro del proceso global de envejecimiento se pueden señalar algunas cuestiones específicas en factores socio-económicos, geográficos, sanitarios, culturales e incluso éticos, como veremos a continuación:

1. El crecimiento de la población mayor de 65 años se produce a un ritmo mucho más rápido que el desarrollo socio-económico de los países, lo que supone una dificultad en la cuentas nacionales
2. El rápido incremento del envejecimiento provoca un cambio importante en las estructuras familiares y en los roles sociales de los mayores así como en el mercado de trabajo y en los flujos migratorios principalmente en países con un bajo nivel de desarrollo socio-económico
3. Las enfermedades crónicas se están convirtiendo en las principales causas de incapacidad y reducción de la Calidad de Vida en los mayores. Es necesaria la puesta en marcha de programas de prevención y promoción de la autonomía personal que puedan mejorar la Calidad de Vida de los mayores y frenar el gasto social

En 1997 por cada persona de 65 años y más, había 5,20 personas de 0 a 64 años; en el 2020 se prevé que haya sólo 4 perso-

nas. A estos datos demográficos hay que añadir el incremento que experimenta la población mayor de 85 años. La dependencia también se incrementa notablemente con la edad: en el conjunto de mayores afecta al 32,2%, y al 63,6% si nos referimos a los de 85 y más años. La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia aprobada en el año 2006, pretende dar solución a las necesidades de, entre otros, las personas mayores de 65 años con algún tipo de dependencia física o cognoscitiva con el fin de incrementar su calidad de vida.

En esta norma legal se han puesto muchas esperanzas, pero también ha suscitado ciertos celos entre la población y las familias españolas, un tanto escépticas como consecuencia de experiencias anteriores cuyos resultados no han sido todo lo satisfactorios que se presumía iban a ser, pues, en gran medida, no dependen de las propuestas bienintencionadas o de las proclamas triunfalistas, sino de las disponibilidades económicas, recursos que son absolutamente indispensables para llevar a cabo cualquier programa de intervención sin el riesgo de que se quede en papel mojado.

De hecho, la propia ministra de Sanidad y Asuntos Sociales Trinidad Jiménez, a los pocos días de tomar posesión de su cargo, reconocía que la ley había fracasado. Y, en cualquier caso, las ayudas económicas facilitadas a los familiares cuidadores no evitarán que éstos, es decir, la familia sea el principal soporte de la carga asistencial real.

Esta Ley de Dependencia, establece unos grados, teniendo presente que, para el Diccionario de la Real Academia Española, dependencia es, entre otras acepciones, la "situación de la persona que no puede valerse por sí misma". Estos grados son los detallados a continuación:

1.-Dependencia moderada: Cuando la persona necesita ayuda para realizar

varias actividades básicas de la vida diaria, por lo menos una vez al día.

2.-Dependencia severa: Cuando la persona precisa ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida cotidiana dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente del cuidador.

3.-Gran dependencia: Cuando la persona precisa ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia indispensable y continua de otra persona.

Cuando se habla de dependencia en el entorno familiar, lo más frecuente es pensar en la figura de la persona dependiente física, psíquica o intelectual. Pero en la familia también hay otros tipos de dependencia, como puede ser la económica, la del alojamiento o la del cuidado de personas, como los menores, que no sufren ninguna de esas patologías que se suelen concebir como las únicas, o las mayoritarias, formas de dependencia.

Ya en su día se manifestó en ese sentido José Borrell, entonces candidato del Partido Socialista Obrero Español a la presidencia del Gobierno, "Hay que potenciar la familia; no nos podemos imaginar hasta qué punto es importante en la sociedad actual. (...) En España, la solidaridad reposa increíblemente en la familia. Es la institución más solidaria que existe por encima de los esquemas de protección social, y no está recibiendo las ayudas con las que cuenta en otros países (...) Menos mal que existe la familia, si no, el gasto social con respecto al Producto Interior Bruto se habría disparado. ¿Cuántos ancianos habrían quedado abandonados?"<sup>1</sup>.

Dice la Recomendación nº 25 de la I Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento, celebrada en Viena en 1982: *La familia es la unidad básica reconocida por la sociedad, y se de-*

*berán desplegar todos los esfuerzos necesarios para apoyarla, protegerla y fortalecerla de acuerdo con el sistema de valores culturales de cada sociedad y atendiendo a las necesidades de sus miembros de edad avanzada. Los Gobiernos deberán promover las políticas sociales que alienten el mantenimiento de la solidaridad familiar entre generaciones, resaltando el apoyo de toda la comunidad a las necesidades de los que prestan cuidados a los ancianos y la aportación de las organizaciones no gubernamentales en el fortalecimiento de la familia como unidad.*

Y en las Recomendaciones n<sup>o</sup> 28 y 29 recogidas, entre otros, en el texto del Ministerio de Asuntos Exteriores<sup>2</sup> se especifica que *debe alentarse a los hijos a que mantengan a los padres y deberá alentarse a los gobiernos y a los órganos no gubernamentales a que establezcan servicios sociales en apoyo a toda la familia cuando existan personas de edad en el hogar y a que apliquen medidas especialmente dirigidas a las familias de bajos ingresos que deseen mantener en el hogar a las personas de edad avanzada*".

En la práctica, en el cuidado a las personas mayores dependientes coinciden tres cuestiones: la atención se hace prioritariamente desde el ámbito familiar y muy secundariamente desde programas y servicios públicos; el papel del cuidado

recae de forma masiva en las mujeres de la familia en general y en las hijas solteras en particular; los cuidados, por su duración, intensidad y complejidad, acarrear un fuerte coste económico, social, psicológico, etc., en las personas cuidadoras y en el conjunto de las familias. Las familias españolas son mayoritariamente solidarias con sus mayores, pero están demandando, y con toda la razón, no ser las exclusivas protagonistas del esfuerzo solidario

El tercer aspecto al que se ha hecho mención, relativo al coste económico, social y psicológico que implica el cuidado de una persona anciana o dependiente, parece ya entreverse al destacar la importancia de la familia. Es decir, al recalcar el papel básico que ésta desempeña en tan dura tarea, se vislumbra el carácter dificultoso y, por tanto, los costes que han de asumir las familias. Como se ha indicado, tales costes no son sólo económicos, en base a los tratamientos, posibles estancias en residencias o centros especializados, etc., sino que también, y esto es a veces lo más arduo, entran en juego aspectos sociales y psicológicos. Además, y en el peor de los casos, unos problemas se solapan a otros, dando lugar a una situación verdaderamente complicada. En España, en la actualidad, la situación de las ayudas a la Dependencia queda reflejada en la Tabla n<sup>o</sup> 1.

Tabla N<sup>o</sup> 1: Situación de las Ayudas a la Dependencia en España

Situación de las Ayudas a la Dependencia en España (1 de Septiembre de 2009*)			
Comunidades	Solicitudes	Dictámenes	Prestaciones
Andalucía	332.014	268.394	162.753
Aragón	39.291	33.904	17.654
Asturias	30.664	24.011	10.957
Baleares	21.001	16.908	6.512
Canarias	23.913	16.870	4.293
Cantabria	18.067	17.284	9.486

Castilla y León	58.927	53.407	36.169
Castilla-La Mancha	63.689	53.735	24.785
Cataluña	165.577	161.966	64.067
Com. Valenciana	50.098	43.129	24.477
Extremadura	32.195	23.459	8.909
Galicia	70.080	56.661	29.530
Madrid	46.758	46.673	20.343
Murcia	23.920	23.983	10.227
Navarra	20.284	18.519	10.169
País Vasco	75.674	68.309	41.283
La Rioja	10.866	10.658	6.015
Ceuta y Melilla	3.145	2.771	1.481
Total	1.086.163	940.551	489.110

Fuente: Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales. Información histórica acumulada

### El papel de la familia en el cuidado de la dependencia

El papel que las familias españolas juegan en la atención a las personas dependientes es inestimable. Al mismo tiempo se hace necesario reconocer que el proceso acelerado de envejecimiento de la población y la transformación de las familias españolas están provocando que el apoyo informal esté entrando en crisis. Las necesidades de atención son cada vez más importantes (envejecimiento del envejecimiento, enfermedades crónicas...) y, en cambio, la capacidad de las familias de prestar tales cuidados se reduce constantemente, principalmente por los cambios en el papel de la mujer dentro de la sociedad y en el grupo familiar.

Por ello, atender no sólo las necesidades de las personas dependientes, sino también de sus familias es uno de los objetivos que se recogen en la anteriormente citada Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. En ésta se especifica la compensación económica por cuidados

en el entorno familiar. Pero hay también necesidades y demandas que han de ser abordadas desde la perspectiva legal, para que surtan sus efectos en los planos humano, familiar y de las correspondientes políticas sociales.

El apoyo a cuidadores conlleva además programas de información, formación, y períodos de descanso para los cuidadores no profesionales, encargados de la atención de las personas en situación de dependencia.

Las estimaciones de la Oficina Estadística de la Comunidades Europeas (EUROSTAT) señalan a España como el país "más viejo" en 2050, año en el que un 35,7% de la población tendrá 65 años o más. A continuación figuran Grecia, con un 32,5%; Portugal, con un 31,9%; Alemania, con un 31,5%; Eslovenia, con un 31,1%; la República Checa, con un 31%; y Austria, con un 30,4%. Según datos del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), actualmente dependiente del Ministerio de Sanidad y Política Social, en España se estima que el porcentaje de mayores que

presentan una dependencia importante está entre un 10% y un 15% del total de personas de 65 años y más.

Las familias siguen siendo el colchón amortiguador de no pocos problemas, de un gran número de necesidades y de dependencias; son el soporte en lo afectivo y en lo efectivo. Y es bueno socialmente que sigan teniendo un papel básico en la atención a sus mayores. Es un factor de cohesión social, de solidaridad intergeneracional, de compartir valores y vivencias. Pero no se puede someter esa solidaridad a una presión angustiosa, a quebrantos económicos, a un desentendimiento de las responsabilidades públicas Y todo ello descansando en los hombros de las mujeres cuidadoras, que a menudo supeditan todo a ese cuidado.

Los cuidadores familiares de los mayores dependientes son aquellas personas que, por diferentes motivos, coinciden en la labor a la que dedican gran parte de su tiempo y esfuerzo: permitir que otras personas puedan desenvolverse en su vida diaria, ayudándolas a adaptarse a las limitaciones que su discapacidad, entendida en sentido amplio, les impone.

En cada familia suele haber un cuidador principal que responde a las circunstancias de cada familia, sin que se haya llegado a ello por un acuerdo explícito entre los miembros de la familia. El perfil de éste es el siguiente:

- Mujeres (83,6% del total)
- De entre las mujeres cuidadoras, un 43% son hijas, un 22% son esposas y un 7,5% son nueras de la persona cuidada
- La edad media es de 52,9 años (un 20% supera los 65 años)
- Casados (75,2%)
- Comparten el domicilio con la persona cuidada (60%)

- Sin ocupación laboral remunerada del cuidador (74%)
- Prestan ayuda diaria a su familiar mayor (84,6%)

El progresivo deterioro cognitivo y funcional de la persona mayor dependiente causa un grave impacto en el entorno familiar, pero principalmente en la cuidadora informal.

Las cuidadoras se encuentran frecuentemente con personas mayores que sufren un proceso degenerativo, crónico y progresivo que acabará destruyendo su personalidad. Su trabajo y su dedicación, les obliga a sufrir una fuerte carga emocional e importantes niveles de estrés y, muy a menudo, incompreensión y considerables frustraciones.

Los cuidadores no profesionales se enfrentan frecuentemente a la responsabilidad de hacerse cargo de personas ancianas y dependientes sin ningún conocimiento previo, sin remuneración económica y motivados por el vínculo afectivo o emocional que les une al paciente.

El cuidador principal es quien asume la mayor parte de la responsabilidad en lo que al cuidado del dependiente se refiere, dedicándose a su atención y cuidados diarios, proporcionándole la ayuda necesaria a medida que va perdiendo sus capacidades y autonomía. Es deseable que el cuidador principal se vea apoyado por otros miembros de la familia que compartan la carga.

Algunos autores diferencian entre cuidadores principales tradicionales, cuyo rol se iría asumiendo de forma paulatina y a menudo sin ser plenamente conscientes, es decir, se van prestando cada vez más cuidados a medida que el anciano los va requiriendo, y aquellos cuidadores principales que asumen dicho papel en un momento dado, que viene a coincidir con las primeras manifestaciones de la enfermedad.

Entre los factores que predicen quién asumirá el papel de cuidador principal del enfermo, de entre parientes del mismo grado (por ejemplo, ante un padre enfermo, decidir qué hijo se hará cargo de él) se encuentran, entre otros, la proximidad geográfica, el estado civil, el número de hijos pequeños o la situación laboral. En realidad, la persona que asume la tarea está más predispuesta que el resto, por lo que la decisión no es fruto de una discusión, sino que simplemente es asumida. Es decir, en general, surge entre los miembros de la familia una persona que se encarga de la coordinación y de las decisiones, y que sin necesidad de haberlo decidido previamente, se convierte en el cuidador principal.

En muchos casos se asume el papel de cuidador ante un sentimiento de deber para con el dependiente, sobre todo cuando el vínculo afectivo es más estrecho. Así, quien haya tomado ese papel, tendrá que añadir a sus responsabilidades habituales, las de estar con el dependiente y encargarse de sus cuidados, tomando, además, decisiones que afectarán al resto de la familia.

Dicha asunción, sea por imposición o por elección, dará lugar a una gran carga física y psíquica por parte de quien se haya convertido en cuidador, haciéndose responsable de la vida del anciano o del dependiente, incluso por encima de sus posibilidades y fuerzas reales, y prescindiendo de tiempo para sí mismo, por lo que su proyecto vital se verá paralizado durante el tiempo que duren los cuidados.

Entre los motivos que explican la decisión de convertirse en cuidador destacan, en primer lugar, los de tipo altruista, entre los que se incluirían el amor o afecto hacia el anciano o el dependiente o, en segundo lugar, el sentimiento de deber, al que ya se ha hecho mención, ya que es uno de los más frecuentes y también cabría mencionar los motivos personales que tratan o bien de evitar el sentimiento de culpabi-

lidad o lograr la satisfacción que implica realizar algo considerado como bueno.

Tal y como destaca Lourdes Pérez Ortiz<sup>3</sup> en una de sus últimas investigaciones, la mayor parte de las personas que presentan discapacidad o dependencia son mujeres, más entre los discapacitados que entre los dependientes. La mayor presencia de las mujeres entre quienes padecen limitaciones en su autonomía funcional es el efecto combinado de su mayor presencia numérica en la población mayor y de su prevalencia más alta en dependencia y, sobre todo en discapacidad. Entre los discapacitados la proporción de los sexos es de tres mujeres por cada hombre, pero entre los dependientes es de dos. Las edades más frecuentes son las intermedias, de 75 a 84 años, lógicamente, las personas de 65 a 74 años son más abundantes en las situaciones de discapacidad y los más mayores en las de dependencia.

La mayoría de los dependientes o discapacitados viven en municipios grandes porque la mayoría de las personas mayores habitan en estos municipios, pero también porque la prevalencia es mayor en este hábitat. La mayoría son personas sin estudios o con estudios primarios, aunque el riesgo de dependencia es mayor entre los analfabetos y las personas sin estudios.

La mayoría son viudos, aunque entre los hombres la proporción de casados no es desdeñable, sobre todo entre los discapacitados. No obstante, el mayor riesgo de dependencia corresponde a los hombres viudos, en relación directa con la edad, ya que los hombres enviudan a edades muy avanzadas; el riesgo de los viudos duplica el del conjunto de la población mayor, tanto con respecto a la discapacidad como en relación a la dependencia.

### Fundamento jurídico

Todo ser humano es persona, y esa personalidad no puede el ordenamiento jurídico atribuirle de forma aleatoria,

conforme determina la doctrina legal<sup>4</sup>, estando obligado, pues a determinar qué es persona. Y esa doctrina considera mayoritariamente que ser persona equivale a tener aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, por ello personalidad equivaldría a capacidad jurídica.

En la persona existen dos clases de capacidad:

- a) Capacidad jurídica: Es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica.
- b) Capacidad de obrar: Es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos; por tanto, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones.

La capacidad de obrar depende del estado civil, de la edad, de ser capacitado o incapacitado, etc. Esta capacidad puede ser plena o encontrarse limitada o restringida. Se denomina capacidad de obrar plena cuando el sujeto puede realizar por sí mismo, con plena eficacia actos jurídicos o algunos tipos de ellos.

Por consiguiente, el concepto de incapacidad hace referencia al estado civil de la persona que se declara judicialmente cuando en ella concurre alguna de las causas establecidas por la ley.

El "deber general de respeto a la persona", es algo de lo que ya habló el profesor De Castro<sup>5</sup>, fundamentándolo en la idea de que "el hombre, como persona, tiene un valor intrínseco que se manifiesta en el significado institucional de la persona", derivado de "su dignidad de ser racional de propios fines, que el Derecho Civil respeta y protege".

El profesor Serrano García<sup>6</sup>, alude al "deber universal de respeto a la persona", que se fundamenta en la dignidad convirtiéndose en "un derecho a la búsqueda de

la felicidad a través del ejercicio libre de sus aptitudes"

Por lo tanto, la consecuencia automática del reconocimiento de la dignidad, o una de ellas, es la libertad, de vital importancia como principio, en la definición del régimen jurídico de las personas vulnerables.

Seoane Rodríguez<sup>7</sup>, afirma que, "toda persona ha de elegir aquello que quiere ser", porque, "cada ser humano es el protagonista de su propia vida y, en cierto modo, configurador de su modo de ser"; en este sentido, "la libertad es el hilo conductor de nuestra trayectoria vital, que se compone de opciones y posibilidades", en su ejercicio "cada individuo configura su personalidad e identidad mediante la elección y la acción", cada persona en el ejercicio de su libertad individual, "se hace cargo de su vida: piensa y se conduce por sí misma".

Esa libertad de actuación y de decisión corresponde a todos momentos del presente y del futuro incluso después de la muerte. Siempre, desde el Derecho Romano, ha existido la posibilidad de disponer el destino de los bienes, y ciertas cuestiones personales con efectos post mortem en testamento.

Por tanto, ¿qué obstáculo puede haber para oponerse a la regulación de la protección de una futura situación de incapacidad?

La protección de las personas vulnerables, en la actualidad es una acción subsidiaria, y un principio "supletorio del de autonomía de la persona con discapacidad, y entrará en acción cuando la autoprotección por medio de la autonomía individual no pueda conseguirse"<sup>8</sup>.

Los fundamentos jurídicos son numerosos, desde los principios fundamentales de dignidad de la persona, los derechos que le son inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, del artículo 10/1, la libertad del artículo 17 de la Constitución, el prin-

cipio de protección a la familia del 39, y el de protección a las personas con discapacidad del 49, principios rectores de la política social y económica; hasta el beneficio e interés del tutelado, el *incompetent's best interest* del Derecho anglosajón, o principio de actuación en el ejercicio de las funciones tutelares, a tenor del artículo 216 del Código Civil.

En definitiva, las decisiones que se adopten como medida de protección atenderán "al sistema de valores y a las necesidades de la persona incapacitada y no al criterio del encargado de su protección", como bien dice el profesor Serrano García<sup>9</sup>.

Puente de la Fuente<sup>10</sup>, califica como "una de las expresiones máximas de la libertad individual", la posibilidad de "poder organizar y regular la esfera personal y patrimonial para el momento en el que se pierda esa libertad, lo que sucede cuando se pierde la capacidad de discernir y, por tanto, de decidir inteligentemente; cuando se pierde el control de los propios actos; de la realidad", que denomina "posibilidades de previsión de futuro de la persona".

Esa previsión afecta a tres situaciones: la enfermedad terminal, lo que se conoce como morir con dignidad, a la que el Derecho corresponde con las llamadas instrucciones previas, declaración de voluntades anticipadas, o testamento vital; la organización de la guarda para el supuesto de ser incapacitado judicialmente: autotutela; y resolver la situación que origina la pérdida progresiva de facultades, físicas, sensoriales, o intelectivas, desde su comienzo hasta que se constituya la institución de guarda que proceda, por el mandato preventivo.

#### **La previsión de la incapacitación y de la guarda de la persona y de los bienes**

Con las instituciones que analizamos a continuación, se pretende la organización de las situaciones de incapacidad suscep-

tibles de incapacitación judicial y sometimiento a tutela o curatela.

#### *La Autotutela*

En un principio la previsión de la tutela se identificaba con la designación del cargo tutelar, el significado actual de la autotutela es mucho más amplio abarcando la organización de la autoprotección en todos sus aspectos: personal y patrimonial.

Las definiciones doctrinales a la autotutela pueden resumirse en las siguientes: "la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación"<sup>11</sup>, o "la autorregulación normativa de la institución tutelar, en previsión de la propia incapacitación"<sup>12</sup>.

La definición legal es la comprendida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, que introduce la institución en el Código Civil: "la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su futura incapacitación".

La primera regulación legal de la autotutela en el Ordenamiento Jurídico español, no es precisamente la del Código Civil, sino la del Código de Familia de Cataluña, que en virtud de la Ley 9/1998, de 15 de julio, se refiere a la autodelación de la tutela en su artículo 171, estableciendo que "la tutela se defiere por: a) testamento o codicilo, b) escritura pública, c) resolución judicial".

Definiendo la institución en el 172:1º. "cualquier persona en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalecerá la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido en general de su

tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva”.

Se prevé la designación positiva de los cargos tutelares, sino también a la de sustitutos y la exclusión de una o varias personas al nombramiento para el ejercicio de la función tutelar, dando a entender que la intención del legislador es la de extender la ordenación voluntaria de la tutela a todos los extremos que pudieran ser útiles y necesarios para la protección de la persona y de los bienes.

#### *La Autotutela en el Código Civil*

La autorregulación de la tutela es introducida, en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 223, que queda redactado con el siguiente literal: “asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento publico notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes incluida la designación de tutor”

En este caso el legislador primero hace hincapié, en la adopción de medidas personales y patrimoniales, como conclusión en la posibilidad de nombrar tutor.

Según Díaz Alabart<sup>13</sup>, “se está reconociendo al sujeto la facultad de organizar su tutela o la institución de guarda que corresponda en el caso de ser incapacitado, no solo en lo relativo a la designación del integrante del órgano tutelar sino en todo lo relativo a su funcionamiento, siempre y cuando estas disposiciones sean compatibles con las normas del Código Civil aplicables así como con el contenido de la sentencia de incapacitación”.

En sede de contratos, ámbito tradicional de desarrollo de la autonomía de la voluntad, el artículo 1.255 establece que: “los contratantes pueden establecer, los

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público”.

Existen dos clases de leyes; las imperativas o de obligado cumplimiento que se refieren a cuestiones indisponibles objeto de protección especial por incidir directamente en el interés general, en las que las posibilidades de ejercicio de la autonomía de la voluntad es prácticamente nulo.

Y las normas dispositivas, en las que el margen de ejercicio de la autonomía de la voluntad es más o menos amplio, a tenor de la cuestión objeto de su regulación, así nos encontramos con preceptos de aplicación en defecto de disposición voluntaria, como complemento o marco delimitador de su aplicación

El poder de determinación del contenido de las previsiones voluntarias de la tutela, está limitado por la legislación aplicable en cuestiones como los requisitos de idoneidad del cargo tutelar para su nombramiento; la salvaguarda de la autoridad judicial, nunca se pondrá constituir voluntariamente una tutela sin mediar la intervención del Juez, la declaración judicial de incapacitación como requisito previo a la constitución de la institución de guarda etcétera.

La ley permite la autonomía de la voluntad sobre un esquema preestablecido, que tiene como fin la garantía de la protección de las cuestiones indisponibles y del interés general.

Respecto a la prevalencia de la disposición legal o de la voluntaria en caso de colisión, no existe un criterio definido debiendo estar a la calificación de la disposición legal de que se trate, si es imperativa o dispositiva.

La autonomía de la voluntad puede regular todos los extremos de una relación jurídica, siempre y cuando con ello no se desvirtúe la naturaleza jurídica de la institución objeto de la misma, hasta el punto

de que no se corresponda con su definición por el Ordenamiento Jurídico.

*Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia*

Galicia tiene su propia regulación de la autotutela, en la Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia, que dedica a la institución los artículos 42 al 45.

El artículo 42 se encarga de la definición: "en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad, podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar sustitutos de los designados para ejercer la tutela, y excluir a determinadas personas para el cargo".

El artículo 43 establece la posibilidad de delegación de nombramiento de tutor: "la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública".

Entendemos, que no es una delegación en el amplio sentido del concepto, sino una elección entre los candidatos señalados o propuestos por el interesado, y que se encomienda a personas de confianza.

Esa delegación, puede ser de utilidad, sobre todo si se prevé un cambio de circunstancias, o se duda de la idoneidad futura de los candidatos.

El artículo 44 concede una amplia libertad para ordenar la tutela, estableciendo que "asimismo el interesado podrá: 1º. Fijar la retribución del futuro tutor, y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona y 2º. Proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes".

Digamos que el Derecho gallego, permite una amplia y completa regulación de la tutela, que va más allá del nombramiento de un tutor y de la delegación previa elección del precitado nombramiento en una persona de su confianza, permitiendo al interesado diseñar su protección personal, y la administración de su patrimonio, a la vez que prever los medios de vigilancia y control de su ejercicio.

*Contenido de la autotutela*

*Designación del Cargo tutelar*

La delación de la tutela "es el llamamiento que se hace a una persona para el desempeñar una tutela determinada"<sup>14</sup>, en virtud del artículo 223 del Código Civil, se puede llamar a ejercer la propia tutela, a una persona física o jurídica, siempre que reúna los requisitos de capacidad e idoneidad predeterminados por el Ordenamiento Jurídico, a un solo tutor o a varios.

Los Jueces no son muy partidarios del nombramiento de varios tutores rompiendo así el principio de unidad en el ejercicio de la tutela, pero si existe tal posibilidad si se fundamenta adecuadamente en el documento de previsión de la autoprotección, explicando los motivos y circunstancias en las que se fundamenta tal decisión, y los motivos porque es necesario para el bienestar del interesado el nombramiento de dos tutores.

Supongamos el caso de una persona con una enfermedad degenerativa que quiere ser internada en un centro residencial para ser atendido, y que sus bienes sean administrados por un familiar o por una entidad determinada como puede ser una fundación tutelar, otro supuesto puede ser, que las características del patrimonio requieran la administración de un profesional o experto.

Podrá a su vez, excluir a personas físicas o jurídicas al cargo, hacer un llamamiento a varias personas, estableciendo un orden sucesivo de actuación, una especie de sis-

tema de sustitución, que puede ser útil en los casos de tutelas de ejercicio difícil, complicado o gravoso, o en las que se prevea una larga duración en el tiempo, o dispensar causas de inhabilidad.

Aunque el artículo 223 no se refiere al curador, el Juez al declarar la extensión de la incapacidad, se pronunciará respecto a la institución de guarda a la que queda sujeto el incapacitado, recayendo el nombramiento de tutor o curador en la persona designada.

La Ley 2/2006, de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia, es más explícita que el artículo 223 del Código Civil, previendo expresamente en el artículo 42 la designación de "la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor"; de "sustitutos de los designados para ejercer la tutela"; y "excluir a determinadas personas para el cargo", y en el 43 la delegación del nombramiento de tutor en una persona de confianza como es el cónyuge o cualquier otra de su elección, como son hijos o familiares, que apreciarán las necesidades de protección, cuando el interesado no pueda apreciarlas al sufrir la pérdida de su capacidad.

Interesante, es la prescripción del precepto limitando la delegación a la elección entre las personas físicas o jurídicas "previamente identificadas o relacionadas en escritura pública".

Como complemento la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, dispone "un nuevo sistema de delación de la tutela acorde con el reconocimiento de la institución de la autotutela", de manera que el candidato preferido será la persona designada por el propio tutelado (artículo 234/1º), sin perjuicio, de que, el Juez, haciendo uso de la facultad que le concede el precitado artículo 234 en su último párrafo, altere o prescinda de todos los candidatos, nombrando al idóneo al interés del tutelado, motivando siempre su decisión.

### *Previsiones en la esfera personal*

El artículo 223 del Código Civil habla de "cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes", expresión general que no especifica a que disposiciones concretas se refiere, y que en principio incluye todas las relativas al cuidado y atención personal, como es, la manifestación de que persona física o jurídica quiere que vele por él, el centro o la residencia donde quiere vivir, si quiere vivir en su domicilio y ser atendida por una o varias personas determinadas, los cuidados médicos que quiere que se le presten, y todos aquellos extremos que considere oportunos.

### *Previsiones en la esfera patrimonial*

Las previsiones patrimoniales se refieren a la administración de los bienes, cuestión en la que debemos tener en cuenta que existen normas de carácter imperativo que no se pueden ignorar<sup>15</sup>.

La reforma de la Ley 41/2003, ofrece la posibilidad de regular la administración de los bienes, mediante la afectación de los mismos a la satisfacción de las necesidades vitales del incapacitado judicialmente o del discapacitado no incapacitado.

Nos referimos al patrimonio protegido, que puede ser constituido por "la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente"<sup>16</sup>, en previsión de su futura incapacidad.

Si el propio beneficiario del patrimonio protegido es el constituyente del mismo, establecerá en el documento público de constitución las reglas de administración.<sup>17</sup>

### *Fiscalización y Control de la Tutela*

El artículo 223 del Código Civil, se refiere a los órganos de fiscalización de la tutela en las disposiciones paternas, entendiéndose que también afecta a las de autotutela.

Sin embargo, el artículo 44/2º de la Ley Gallega si dispone expresamente la proposición de “medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar”.

El Ministerio Fiscal es el órgano de vigilancia, y el Juez el de control, la función controladora de este último tiene su máxima expresión en la autorización prevista en el artículo 271 del Código Civil, para los actos de disposición patrimonial o de administración especial, especificados en el precitado precepto.

La cuestión a debate es si en las previsiones de organización de la protección, es posible eludir la autorización judicial del artículo 271 del Código Civil.

El objeto del artículo 271 del Código Civil, es proteger el patrimonio del incapacitado de posibles abusos exigiendo la justificación en su interés de los actos de administración especial.

Además, el tutor tiene la obligación de rendir cuentas, y es responsable civil y penalmente de su actuación en el ejercicio de la tutela<sup>18</sup>, lo que significa otro control.

La exoneración de la autorización judicial para actos de enajenación y gravamen en general, no es viable y así lo expresa la doctrina<sup>19</sup>; el profesor Serrano García<sup>20</sup>, opina que “una autorización concreta, para enajenar un determinado bien, sin precisar autorización judicial, puede ser válida”.

Esa dispensa concreta, deberá ir acompañada de medios de control especiales, como puede ser la previsión de circunstancias personales y económicas para llevarla a cabo, así como la forma de efectuarla, exigiendo la valoración del bien por un perito que determine un precio de salida<sup>21</sup>, con la posterior rendición de cuentas al Juez, o a otro órgano de fiscalización que el interesado haya previsto<sup>22</sup>.

En el caso del patrimonio protegido, su administración se atiene a las reglas establecidas por el constituyente, que

puede ser el propio beneficiario, en el documento de constitución, siendo requisito para los actos de enajenación y gravamen del artículo 271 del Código Civil, la autorización judicial, si el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente.

No obstante, es posible instar al Ministerio Fiscal a que solicite al Juez la exoneración de la autorización judicial por determinadas circunstancias<sup>23</sup>.

Esa posibilidad de exoneración o dispensa de la autorización judicial para los actos de enajenación y gravamen referida al patrimonio protegido, abre la puerta a esa opción en los demás patrimonios, aunque siempre, como ya hemos dicho, previendo medios de control; porque, no se trata de eludir el trámite judicial de la autorización, que puede ser largo, gravoso e incluso perjudicar al interés del incapacitado, sino de atender a las necesidades de este último lo más rápido y eficaz, pero sin prescindir del control respecto a ese acto.

#### *La incapacitación voluntaria*

La auto-incapacitación o incapacitación voluntaria es otra reforma que introduce la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, como una posibilidad más de ejercicio de la autonomía de la voluntad en la protección de la propia persona y bienes, legitimando al presunto incapaz a instar la demanda de su propia incapacitación<sup>24</sup>. La capacidad no es algo de lo que pueda el sujeto disponer ni el sometimiento a tutela o curatela, extremo que limita las posibilidades de la incapacitación voluntaria.

El profesor Serrano García<sup>25</sup>, señala como supuesto de viabilidad de la auto-incapacitación, los de incapacitación parcial con sometimiento a curatela, argumentando que “el curatelado no es un sujeto privado de capacidad, sino, mas bien, un sujeto que tiene que ser asistido en determinados actos para los que si tiene capacidad, aunque no pueda realizarlos solo. De

forma que el curatelado ni es un incapaz, ni tiene un representante legal”.

Díaz Alabart<sup>26</sup>, se manifiesta también en este sentido afirmando que la posibilidad de la incapacitación voluntaria, “quedará condicionada o limitada por el grado de discapacidad que padezca el sujeto, por cuanto será posible el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 757/1º de la LEC cuando el sujeto pese a su presunta incapacidad, goce de capacidad suficiente para iniciar el procedimiento, pues en aquellos casos en los que la discapacidad sea de mayor entidad el sujeto no podrá ya no plantearse su incapacitación sino tan siquiera ser consciente de la misma”.

La legitimación del presunto incapaz para promover su propia incapacitación, induce a confusiones sobre todo en el orden procesal, alertando sobre la pretensión de incluir en el procedimiento el principio dispositivo, extremo peligroso, si tenemos en cuenta, que, la capacidad es una cuestión de orden público.

#### *La previsión de la protección pérdida de capacidad*

##### El mandato preventivo<sup>27</sup>

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad añade un nuevo párrafo al artículo 1732, disponiendo que: “el mandato se extinguirá también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos en mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Con esta modalidad de mandato que no se extingue con la incapacidad del mandante, si este dispuso su continuación en esa circunstancia, se quiere prever la protección de los siguientes supuestos:

1º. La previsión de la incapacitación judicial: el mandato subsistente para después de la incapacitación coexistiendo con el cargo tutelar, esa coexistencia puede tener sentido si es del interés del incapacitado la gestión específica de ciertas cuestiones o asuntos.

Puente de la Fuente<sup>28</sup>, se decanta por la conveniencia de la manifestación expresa de esa coexistencia del tutor con el apoderado, y de la formalización del otorgamiento del poder preventivo y la autotutela en la misma escritura pública, al amparo del párrafo 2º del artículo 22 del Código Civil, que permite a cualquier persona en previsión de ser incapacitada en el futuro adoptar cualquier disposición relativa a su persona y bienes.

La primera razón que expone Puente de la Fuente para incluir autotutela y mandato preventivo en un mismo documento, es la de facilitar al tutor que tiene la facultad de solicitar al Juez la revocación del poder preventivo, a tenor del artículo 1732, el control del buen uso por el apoderado de las funciones que le son encomendadas.

Otra justificación de esa coexistencia, es que “el otorgante quiera evitar las autorizaciones judiciales exigidas al tutor para la realización de los actos a que se refiere el artículo 271 del Código Civil”<sup>29</sup>.

De esta manera, el poder preventivo podría ser el instrumento de previsión específica de la administración especial del patrimonio, diseñando los presupuestos de hecho que han de concurrir para los actos de enajenación y gravamen que se especifiquen, y que serán controlados en primer lugar por el tutor como representante legal del poderdante, y posteriormente por el Juez al rendir el tutor cuentas anuales de la tutela.

2º. Que el poderdante quiera prever el supuesto de la incapacidad no declarada judicialmente, buscando evitar la incapacitación.

El problema que suscita este supuesto es la determinación del momento en que esa incapacidad se presenta, es decir, que tipo de discapacidad, que extensión, y como se acredita su existencia.

Con la expresión, "incapacidad conforme a lo apreciado por este" (por el mandante), el legislador quiere dar amplitud, al objeto de que sea el poderdante quien determine el que como y cuando de la autoprotección que establece.

El poderdante, deberá elegir un método que no ofrezca dudas respecto a la acreditación de su "incapacidad"; dado que la capacidad de obrar y la incapacidad son cuestiones de las que no se puede disponer por la autonomía de la voluntad.

Puente de la Fuente<sup>30</sup>, nos remite al dictamen de un médico, o mejor el de un organismo neutral como la Comisión de Valoración de Minusvalías, encargada de expedir el certificado acreditativo del grado de discapacidad, o el que pudiera sustituirle, o que tenga esas competencias en la Comunidad Autónoma correspondiente, y que justifique si padece alguno de los grados de discapacidad definidos por el artículo 2/2º de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad de 18 de noviembre de 2003, que afirma que: "a los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.", como medios de acreditar la incapacidad del mandante.

Este supuesto, se corresponde con las situaciones en las que entre poderdante y apoderado existen fuertes vínculos de cariño y confianza, por ejemplo, un padre y su hijo, que hacen que la incapacitación sea un trámite doloroso y desagradable, resolviendo así la gestión de asuntos familiares o patrimoniales.

Sin perjuicio, de que, el poderdante establezca con precisión el funcionamiento de la gestión del apoderado, así como su supervisión y control.

3º. El tercer supuesto es que el otorgante prevea la pérdida de facultades intelectivas y/o volitivas, y la incapacitación judicial, haciendo constar que el apoderado lo será para ambos casos, regulando su actuación, delimitando sus funciones, y las del tutor o curador.

#### Tipos de Mandatos Preventivos

##### Mandato o Poder con Subsistencia

El mandato o poder con subsistencia, es aquel, en el que el mandante dispone su continuación para el caso de que se produzca su incapacidad.

Se trata de un poder normal con la única peculiaridad de que el poderdante establece una cláusula específica de subsistencia y eficacia para el supuesto de su incapacidad sobrevenida.

Este poder no requiere ninguna demostración del estado de incapacidad del poderdante, evitando la anulabilidad o nulidad de los actos realizados por el apoderado.

La incapacidad sobrevenida del poderdante sea o no declarada judicialmente, no extingue el poder otorgado con anterioridad, si el poderdante así lo previó.

La eficacia del poder está dispuesta desde el momento de su otorgamiento, manteniéndose y subsistiendo en los supuestos que devenga incapaz de obrar de hecho y/o de que sea incapacitado judicialmente, según las previsiones.

##### Poderes preventivos o poder con causalización

El segundo supuesto del artículo 1.732 párrafo 2º del Código Civil, para cuando "el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada

conforme a lo dispuesto por este"; es el poder con cláusula de causalización.

El poder carece de efectos en el momento de su otorgamiento, quedando pendiente hasta que se certifique la incapacidad o inaptitud prevista por el poderdante, o la declaración judicial de incapacidad, según haya establecido.

Esta modalidad es el autentico apoderamiento preventivo, al ser otorgado en previsión de la futura incapacidad del poderdante, incluyendo tanto la discapacidad, la inaptitud o falta de facultades, la incapacidad de hecho no declarada judicialmente, o la incapacitación judicial, abarcando un amplio abanico de supuestos de carácter temporal, o permanente en los que la persona no pueda prestar válidamente su consentimiento, según apreciación al amplio arbitrio del apoderado.

Este poder puede configurarse para que surta efecto simplemente, cuando se constate la incapacidad o discapacidad volitiva y/o mental de hecho de aquél, buscando no llegar a la incapacitación judicial.

Otra opción, es la de que el mandato surta efectos en caso de incapacidad de hecho, con el objeto de iniciar los trámites pertinentes para la declaración judicial de incapacidad y constitución de la institución de guarda que proceda.

#### *La revocación del apoderamiento o mandato preventivo*

La revocación y la modificación del apoderamiento preventivo no plantean problema alguno cuando el mandante continúa siendo capaz de obrar, el problema surge cuando el poderdante deviene incapaz de obrar, sobre todo si no estableció las previsiones precisas para solventar esta situación.

Sobrevenida la incapacidad de obrar del mandante, la revocación del poder tendrá lugar según lo haya dispuesto en el cuerpo del referido documento, a tal fin, el

poderdante deberá prever con exactitud la extinción o coexistencia del mandato preventivo con el régimen de guarda que se constituirá como consecuencia inherente a la declaración judicial de incapacidad.

Cuando el poderdante no haya dispuesto nada respecto a la extinción del mandato o apoderamiento preventivo, una vez incapacitado el tutor puede instar la revocación, que será estimada o desestimada por el juez.

El juez puede suspender o revocar la eficacia del poder antes de la terminación del procedimiento de incapacitación y de la constitución de la tutela, o en cualquier momento de su ejercicio, incluso si procede por la vía de las medidas cautelares del artículo 762 del al Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2.000, en beneficio e interés del incapaz, si se justifica que constituye un impedimento para la protección de su persona y/o bienes.

La revocación del poder ha de ser dada a conocer a los posibles terceros de buena fe, que pudieran resultar perjudicados por el cambio de situación a tenor del artículo 1.734 del Código Civil que establece que: "cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a estas si no se les ha hecho saber".

Es conveniente que la sentencia de incapacitación se refiera expresamente a la extinción o subsistencia del mandato, pues, de lo contrario, pueden surgir malos entendidos, a tal fin, es conveniente en los procedimientos de incapacitación y constitución de la tutela, hacer constar la existencia del poder, la identidad del apoderado o apoderados, las cuestiones reguladas en el mismo, medios de control de la gestión de los apoderados, la distribución de funciones entre estos y el cargo tutelar, y las instrucciones para evitar la colisión entre las facultades de ambos; para su examen por el Juez, y posterior pronunciamiento al respecto en la resolución judicial.

*Control de la gestión del mandato preventivo: La rendición de cuentas*

El artículo 1.720 del Código Civil, afirma que “todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

La rendición de cuentas es el acto de control de la gestión del apoderado, como lo es la rendición anual de la gestión anual del tutor, y la cuenta general justificada del ejercicio de la tutela que se extingue.

En el apoderamiento, la forma de practicar la rendición de cuentas depende de que el poderdante esté en ese momento incapacitado judicialmente o no lo esté.

Si el poderdante está incapacitado y sujeto a tutela, el tutor como su representante legal y administrador legal de sus bienes, es el encargado de controlar la gestión del apoderado.

Al control del tutor añadimos la supervisión del Juez, en cumplimiento de su función de salvaguarda del ejercicio de las funciones tutelares, al que dará cuenta el tutor en su rendición anual de cuentas o en la cuenta general justificada al final de la tutela.

En este caso están bien claras las posibilidades de control efectivo del apoderado; pero si el poderdante es un discapacitado no incapacitado judicialmente y carece de capacidad suficiente para exigir y recibir la rendición de cuentas, al carecer de representante legal la gestión del apoderado puede quedar sin supervisión alguna, si no se formuló estipulación alguna al respecto.

Lo más oportuno sería que el poderdante hiciera una previsión expresa en el apoderamiento, respecto a quien o que órgano de la naturaleza que sea, se redirán las cuentas de la gestión de los asuntos encomendados, en el caso de una incapa-

cidad de hecho y de que no existan personas legitimadas para exigirla.

En el supuesto contrario, cuando el apoderamiento no contiene tal previsión y se produce la incapacidad de obrar de hecho del poderdante, el apoderado actuará sin tener a quien dar cuentas del cumplimiento o incumplimiento de los encargos recibido.

El *Code français* exige al mandatario en el supuesto de mandato de protección futura, la formalización de un inventario que actualizará, con la obligación de rendir cuentas al propio incapacitado en caso de que recupere la capacidad, y si no la recupera a sus herederos.

En el caso de incapacidad natural, cuando no existe una persona designada al objeto de que se le rindan las cuentas, se entiende que el mandante renuncia al citado trámite, al ser por lo general el apoderado o mandatario una persona de la más absoluta confianza.

En estos casos siempre existe la posibilidad de acudir al Fiscal, a fin que inste la extinción del poder al constituir sus efectos un perjuicio para los intereses del incapaz de obrar, acordando a quien deberá rendir cuentas el mandatario, que en el supuesto de no existan parientes será ante el Juez.

*La previsión de la protección de la inaptitud*

Las Instrucciones Previas<sup>31</sup>

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, define en su artículo 11 las instrucciones previas como el documento, en virtud del cual, “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y tratamiento de salud

o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo, o de los órganos del mismo”.

Anterior es la regulación de Galicia que en la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del Consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en el artículo 5 párrafo 1º define las voluntades anticipadas, expresión indistintamente utilizada a instrucciones previas y testamento vital, como “el documento en el cual una persona mayor de edad con capacidad de obrar suficiente y libremente, expone las instrucciones que se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad”:

En el documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas intervienen varios sujetos, por un lado el paciente que es la persona que manifiesta su voluntad con la intención de que se cumpla; el destinatario de la declaración que el es médico y profesionales sanitarios que en su día se ocupen de la atención sanitaria, cuya identificación es indeterminada hasta el momento en el que se produzca la enfermedad; y la persona designada como interlocutor o representante del paciente al objeto de que actúe como transmisor de la voluntad emitida, y supervisor de su cumplimiento.

#### *Contenido de las Instrucciones Previas*

Dos son los contenidos esenciales de las instrucciones previas: la atención, cuidado y tratamiento de la salud, sobre todo en situaciones terminales, y las intervenciones quirúrgicas, el destino del cuerpo y/o de los órganos vitales del mismo, una vez producido el fallecimiento, y el internamiento en un centro de salud o residencial.

#### *Límites de las Instrucciones Previas*

Los límites aplicables son los generales de todas las estipulaciones nacidas de la autonomía de la voluntad, de manera que, no pueden formularse instrucciones

previas contrarias a la ley, en el sentido de que no pueden constituir un instrumento para la práctica de la eutanasia o el auxilio al suicidio, conductas delictivas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

El segundo límite a semejanza de la moral y las buenas costumbres es la Lex Artis o buenas prácticas médicas, en orden sobre todo, a la aplicación de tratamientos paliativos que eviten sufrimientos, y la prolongación artificial de la vida con tratamientos desproporcionados.

No se pueden aplicar las instrucciones que no se correspondan con el supuesto de hecho, que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, quedando constancia razonada en la historia clínica del paciente, de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

La Ley del Galicia, en el apartado 3 del artículo 5, también establece como límites de las voluntades anticipadas, las referidas en la Ley de autonomía del paciente, afirmando que: “no podrán tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con lo expresado en el momento de emitir la voluntad anticipada”.

#### *Forma de las Instrucciones Previas*

El artículo 11 de la ley del paciente señala que las instrucciones previas constarán por escrito, sin exigir una forma especial determinada, remitiendo a la legislación autonómica.

La Ley Gallega, en su artículo 5, prevé la forma de las voluntades anticipadas, estableciendo que: “2. Tendrá que haber constancia fehaciente de que este documento está otorgado en las condiciones expuestas en el apartado anterior. A estos efectos, la declaración de voluntades anticipadas deberá formalizarse mediante alguno de los procedimientos siguientes:

- a) Ante Notario. En este supuesto no será necesaria la presencia de testigos.
- b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante", previendo la incorporación del documento de voluntades anticipadas a la historia clínica del paciente.

Se pretende el más absoluto respeto a la voluntad manifestada por una persona, respecto a como quiere ser cuidada en los últimos momentos de su vida, y a tal fin, como en todas las previsiones es imprescindible garantizar la constancia del contenido de las mismas, así como garantizar su cumplimiento.

## CONCLUSIONES

En los países desarrollados se ha producido en los últimos años un fuerte incremento de la población anciana, dándose al mismo tiempo una sensible reducción en las edades de la infancia y la adolescencia, siendo este fenómeno más acusado en los casos de España, en general, y de Galicia en particular. Y las previsiones y proyecciones para las próximas décadas, salvo que se produzcan fenómenos sociodemográficos que modifiquen o hagan variar esta tendencia, apuntan a que no sólo no se reducirá este envejecimiento poblacional, sino que se experimentará un crecimiento del mismo.

Por otro lado, la presencia de enfermedades crónicas e invalidantes, tales como las demencias y su prevalencia en aumento progresivo en estas edades finales de las personas, supondrá también un aumento de la dependencia, siendo ésta recíproca entre los cuidados y los cuidadores.

La reducción en la composición de los núcleos familiares ya está propiciando que la carga del cuidado de la dependencia recaiga sobre un número limitado de los familiares que son, como ha quedado suficientemente demostrado, las mujeres, y máxime en situaciones en las que el cuidado de la dependencia requiere, no solo dedicación afectiva, sino también cualificación profesional.

Ante esta realidad y ante el hecho de que estas mujeres, y especialmente las de las generaciones más jóvenes, se van incorporando a la actividad profesional extradoméstica y, pese a que los hombres de estas mismas generaciones se van implicando cada vez más en las responsabilidades del hogar y en el cuidado de las personas dependientes, es imprescindible que las administraciones públicas asuman una importante cuota de participación en estas responsabilidades a través de la promulgación de normativas legales adecuadas, de la vigilancia de su cumplimiento y del establecimiento y desarrollo de los recursos sociales oportunos.

Esta realidad presente, que se prevé ya también para el futuro inmediato, hace que las personas tomen conciencia de su situación actual y atisben la que, presumiblemente, al menos para un cierto número de nosotros, será nuestra perspectiva venidera. Y en virtud de esta circunstancia y de las referidas más arriba, los individuos van haciendo planes, presumiendo que, en buena medida, van a depender de ellos mismos y de los recursos sociales más que de unas familias con un escaso número de componentes. Lo cual no implica que vayan a desaparecer los valores de amor, solidaridad y entrega mutua y recíproca entre parientes.

Así, pues, las generaciones que están próximas a llegar a esas edades en las que se rememora el pasado y empieza la preocupación por el futuro, saben que han de contar con ellas mismas y prever y disponer cómo quieren ser tratadas en el caso

de que más adelante pierdan, total o parcialmente, la capacidad de decisión.

Hasta no hace mucho las leyes contemplaban las figuras y los procedimientos para la protección de las personas que perdieran sus facultades y devinieran en dependientes. Estas figuras eran, principalmente, la incapacitación, la tutela y la curatela. Pero la velocidad del cambio es cada vez más acelerada y nuevas realidades impulsan el motor de la actualización de las estructuras sociales, entre las cuales se encuentra la normativa jurídica de los países.

En nuestro caso, cabe concluir que una de las innovaciones más destacada es la que ha sido objeto de este estudio: la posibilidad de que sean las personas, cuando aun disfruten de un buen estado de salud física y mental, las que, a través de figuras como la previsión de la autoprotección puedan disponer, con el amparo de la ley, el futuro, su futuro, el que consideren más adecuado y deseable, el de sus personas y el de sus bienes. En este sentido se plasma la cada vez mayor capacidad de conocimiento, decisión, libertad e independencia de las personas.

Y a este fin están contribuyendo, desde sus diferentes niveles de competencia, las distintas administraciones públicas desde las perspectivas legales, políticas, económicas y sociales, aunque para ello, y ante algunas de sus posibles limitaciones para asumir estas competencias en las dimensiones que se prevé se van a presentar, se han creado instituciones tales como las fundaciones tutelares bajo el control de esas mismas administraciones públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, (2003) "La incapacidad eventual de autogobierno, y las declaraciones anticipadas, (La Tutela del Siglo XXI)", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, págs. 207-220.

BADOSA COLL, Ferrán, (1993) "La Autotutela", *Estudios Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Volumen II Barcelona, Bosch, págs. 903-931.

BARRIGA MARTÍN, L.A. (et al.) (2010) *IV Dictamen del Observatorio Estatal para la Dependencia* [www.directores-sociales.com](http://www.directores-sociales.com). Ciudad Real, Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales de España.

CASTILLO TAMARIT, José, (2001) "Tutela, autotutela, protección de menores", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 39, julio-septiembre, págs. 39-53.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, (1970) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la Persona*, 5ª Edición, Madrid.

DÍAZ ALABART, Silvia, (2004) *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid, Ibermutuamur, Producción P y CH&Asociados SL.

DURÁN CORSANEGO, Emilio, (2007) *La autorregulación de la tutela*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces.

GARCÍA PONS, Antonio, (2008) *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, ED Universitaria Ramón Areces.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo y MILLÁN CALENTI, José C. (2000) *Ancianidad, Familia y Enfermedad de Alzheimer*. La Coruña, Ed. Universidad de La Coruña.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo (2006) "Sociología de la Vejez", *Principios de Geriátrica y Gerontología*. págs. 43-112, Madrid, Ed. McGraw-Hill Interamericana de España, S.A.U.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo (2006) "Ancianidade, familia e servizos sociais". *Revista Galega de Ciencias Sociais* nº 5, págs. 35-54. Santiago de Compostela, Asociación Galega de Ciencias Sociais.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Gerardo (2007) "Cobertura de necesidades de la ancianidad desde la familia y los servicios

- sociales", *Envejecimiento, autonomía y seguridad*. págs. 217-235, Logroño, Universidad de La Rioja.
- LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, (1997) *El notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- MARTÍNEZ BIJÁN, R.: (2007) *Análise da po-boación dependente en Galicia e detección das súas necesidades asistenciais*. Santiago de Compostela, EGAP-Xunta de Galicia.
- MILLÁN CALENTI, José C., (editor.) (2006) *Principios de Geriatría y Gerontología*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana.
- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES: (2000) *El Ministerio de Asuntos Exteriores de España y el Año Internacional de las Personas Mayores*. Madrid
- MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: (2004) *Libro blanco de la Dependencia en España (2004)*, los datos actualizados del Sistema [http://www.imserso.es/dependencia\\_01/saad/index.htm](http://www.imserso.es/dependencia_01/saad/index.htm)
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES-IMSERSO: (2006) *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Madrid, IMSERSO
- MORAGAS MORAGAS, R. (dir.) (2007) *Prevención de la dependencia. Preparación para la jubilación*. Barcelona, Caixa Catalunya – Fundació Viure i Conviure.
- PÉREZ ORTIZ, L.: (2006) *La estructura social de la vejez en España. Nuevas y viejas formas de envejecer*. Madrid, M° de Trabajo y Asuntos Sociales-IMSERSO.
- PALOMINO DÍEZ, Isabel, (2006) *El tutor*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat, (2007) "Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, nº 703, págs. 2235-2253
- PÉREZ-ORTIZ Lourdes. (2004) "Actividades, actitudes y valores". En: IMSERSO, editor. *Las personas mayores en España. Informe 2004*. Madrid: IMSERSO.
- PÉREZ-ORTIZ Lourdes (2006) *La estructura social de la vejez en España. Nuevas y viejas formas de envejecer*. Madrid: IMSERSO.
- PUEBLO DE LA FUENTE, Fernando, (2007) "El mandato preventivo", *La Protección Jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional, Junta de Castilla y León, (coord. Ignacio Serrano García), Valencia, Tirant lo Blanch.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, (2005) "La definición de la discapacidad intelectual", *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición La Llave, revisada y aumentada, págs. 135-171.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio, (2008) *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid, Ed. Iustel.
- ZÁRATE RIVERO, Mª. B. y GAS AIXENDRI, M.: (2009) *La familia en la Ley de Dependencia*. Barcelona, Ed. Fundación Mª. Teresa Rodó.

## NOTAS

1 Ver: Diario *El Mundo*, pág. nº 12. Madrid, 6 Noviembre 1.998.

2 MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES: (2000) *El Ministerio de Asuntos Exteriores de España y el Año Internacional de las Personas Mayores*. págs. 65-66. Madrid

3 PÉREZ-ORTIZ Lourdes. (2006) *La estructura social de la vejez en España. Nuevas y viejas formas de envejecer*. Madrid: IMSERSO, PÁG. 103.

4 *Gran Guía Júbilo para los Mayores y sus Familias 2003*. Ed. Grupo Júbilo, pág. 702.

5 DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1970) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la Persona*, 5ª Edición Madrid, Pág. 164 y 165.

6 SERRANO GARCÍA, Ignacio (2008) en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, página 96.

7 En *La definición de la discapacidad intelectual, Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Aequitas, 2ª Edición revisada y aumentada, Febrero 2005, pagina 140 y 141.

- 8 GARCÍA PONS, Antonio (2008) *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Madrid, ED Universitaria Ramón Areces. Pág. 50
- 9 SERRANO GARCÍA, Ignacio en *Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*.
- 10 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando (2007) *El mandato preventivo, en La Protección Jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional. Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 144-169
- 11 FERRAN BADOSA COLL, (1993) "La Autotutela", *Estudios homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, Volumen II Bosch Barcelona, págs 903-931.
- 12 CASTILLO TAMARIT, Vicente José, (2001) en "tutela, autotutela, protección de menores", *Revista Jurídica del Notariado*, n° 39, julio-septiembre, págs. 39 -53
- 13 DIAZ ALABART, Silvia, (2004) *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid, Ibermutuamur, Producción P y CH&Asociados SL, pág 94.
- 14 CANO TELLO, Celestino (1984) en *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1.983*, Madrid, Ed Civitas., pág 41.
- 15 Véase el estudio del profesor SERRANO GARCÍA, en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad citada*.
- 16 Artículo 3/1/a de la LPPD.
- 17 Artículo 5/1 de la LPPD.
- 18 En esta cuestión citamos como ejemplo la siguiente bibliografía: CANDAU PÉREZ, Alfonso, (2003) *Responsabilidad del Tutor. Extinción de la tutela. Rendición de cuentas. La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, Junta de Castilla y León, Valencia, Tirant lo Blanch; PALOMINO DÍEZ, Isabel, (2006) *El tutor*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- 19 Entre otros, LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: (1997) *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado.
- 20 *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, pag 219.
- 21 Es interesante en este punto lo dispuesto por el retirado proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, lo referente a la enajenación y gravamen de bienes de menores o incapacitados, arts. 80 al 85.
- 22 En esta cuestión es interesante el estudio de LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, (1997) *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, Consejo General del Notariado, y de SERRANO GARCÍA, Ignacio, (2008) *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2.003*, Madrid, Editorial lustel.
- 23 Artículo 5 de la LPPD.
- 24 Artículo 757/1° de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 25 SERRANO GARCÍA, Ignacio, (2008) *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, pág. 193.
- 26 *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, pág. 199.
- 27 En nuestro estudio seguimos a SERRANO GARCÍA, Ignacio (2008) *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, lustel; PUENTE DE LA FUENTE, Fernando (2007) *El mandato preventivo, en La Protección Jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional. Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 144-169; PEREÑA VICENTE, Montserrat (2007) *Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año 83, n° 703, sep-oct, págs 2235-2253
- 28 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando (2007) *El mandato preventivo, en La Protección Jurídica del discapacitado*, II Congreso Regional. Valencia, Tirant lo Blanch, págs.144-169.
- 29 PUENTE DE LA FUENTE, Fernando, *Obra cit.*pág. 157.
- 30 *Obra cit.* Pág. 158
- 31 Utilizamos la siguiente bibliografía ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín (2003) "La incapacidad eventual de autogobierno, y las declaraciones anticipadas, (La Tutela del Siglo XXI)", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid Civitas, págs 207-219. DURÁN CORSANEGO, Emilio (2007) *La autorregulación de la tutela*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces y SERRANO GARCÍA, Ignacio (2008) *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2.003*, Madrid, Editorial lustel.