

L'AUTODELACIÓ VOLUNTÀRIA DE LA TUTELA: L'AUTOTUTELA

José Domingo Valls Lloret

*Doctor en dret i professor titular de dret civil
Universitat de Barcelona*

Aurora Padilla Marchal

*Advocada i gerent
Fundació Privada Tutelar Montpalau*

1. INTRODUCCIÓ

Per a entendre el concepte d'*autotutela* és necessari fer referència al perquè de la importància d'aquesta figura. La resposta a aquesta qüestió es dirigeix principalment al sector de la població que engloba les persones grans, en concret les que es troben en una situació de desemparament quan comencen a veure minvades les facultats cognitives com a conseqüència de la demència senil o de la cada vegada més freqüent malaltia d'Alzheimer.¹ A més, hi ha una neces-

1. Entenem la demència senil com una patologia de caràcter psicofísic, involutiva, permanent i progressiva, que porta a la incapacitat del subjecte de valer-se per si mateix. El *Diccionario de Medicina Óceano Mosby* defineix la demència senil (psicosi senil) com un «trastorno mental orgánico propio del envejecimiento. Se debe a la atrofia generalizada del cerebro sin signos de afectación cerebrovascular. Los síntomas más importantes son pérdida de memoria, alteración del juicio, disminución de los valores morales y estéticos, afectación del pensamiento abstracto, períodos de confusión, fabulación e irritabilidad, todo ello en un grado mayor o menor. Este trastorno, de naturaleza irreversible, es más frecuente en la mujer que en el hombre, sigue un curso gradual y progresivo y puede ser una forma tardía de la enfermedad de Alzheimer. Aunque se desconoce la causa exacta del deterioro cerebral que se produce con el envejecimiento, se están estudiando diversas teorías sobre fenómenos de autoinmunidad, infecciones lentas y deficiencias colinérgicas». I defineix la malaltia d'Alzheimer com una «demencia presenil caracterizada por la confusión, inquietud, agnosia, alteraciones del lenguaje, incapacidad para realizar movimientos intencionados y alucinaciones. El

sitat més elevada de protegir les persones grans de possibles deficiències en els nuclis familiars propis. Perquè és a la pràctica, i cada cop amb més freqüència, on es considera la celebració de nombrosos actes, especialment testaments, que realitzen subjectes d'edat avançada que conserven íntegres les seves facultats mentals. Però la funció protectora de l'autotutela es dirigeix també a les malalties mentals associades amb la ingesta d'alcohol o de drogues, la síndrome d'immuno-deficiència adquirida, que en estats avançats pot arribar a privar de raó de manera total o parcial l'individu afectat, així com qualsevol altre tipus de malaltia o deficiència que pugui portar el subjecte a ser declarat incapaç judicialment.

En dret positiu, trobem que en el Codi civil, fins a l'entrada en vigor de la seva reforma inclosa en la Llei 41/2003, de 18 de novembre de 2003, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, no hi havia cap norma a favor o en contra de l'autotutela, de manera que aquesta figura autoprotectora s'ignorava per complet. Aquesta situació era força diferent a l'existent a Catalunya, on en els articles 172 i següents de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (CF), trobem aquesta figura expressament regulada, com una més de les normes innovadores que el legislador català ha introduït en el nostre dret. I aquesta vegada, cal dir que ho ha fet amb encert, si bé es troba a faltar una regulació més completa de la situació i dels seus efectes.

Amb aquesta figura, el Codi de família de Catalunya, i ara també el Codi civil, pretén potenciar els instruments de l'autonomia privada, ampliant les previsions que pot adoptar un mateix per al supòsit d'una futura incapacitació.² Això s'aconsegueix considerant de manera positiva la facultat expressa de tota persona amb plena capacitat d'obrar per poder prendre decisions, amb el grau de detall que consideri oportú, sobre la seva futura assistència personal i la manera en la qual ha de ser administrat el seu patrimoni, cosa que facilita el trànsit progressiu de l'autonomia personal a la dependència de tercers, permet que el mateix afectat senti que governa el desenvolupament d'aquest procés, li procura un major benestar personal, redueix les seves angoixes i, a més, té un indubtable valor terapèutic.

paciente puede caer en hipomanía, rechazar los alimentos y perder el control de las funciones es-finterianas sin que existan alteraciones locales. La enfermedad suele empezar al declinar la edad media de la vida, con afectación discreta de la memoria y de la conducta, y aparece con igual frecuencia en hombres que en mujeres. Los hallazgos patológicos típicos son las placas miliars en la corteza y la degeneración fibrilar en las células piramidales ganglionares. El tratamiento es tan solo paliativo, pero el mantenimiento adecuado puede retrasar la progresión de la enfermedad».

2. En tot cas, el Codi de família de Catalunya tan sols conté la regulació íntegra de les institucions de guarda incloses en l'ordenament civil català, però no preveu les causes d'incapacitació ni el procediment pel qual aquesta pot ser declarada, motiu pel qual és necessari suplir les mancances amb els preceptes del Codi civil i les normes processals oportunes.

2. CONCEPTE I NATURESA JURÍDICA DE L'AUTOTUTELA D'ACORD AMB LA LLEI 9/1998 DEL PARLAMENT DE CATALUNYA, DE 15 DE JULIOL, DEL CODI DE FAMÍLIA

D'acord amb el contingut de l'apartat primer de l'article 172 CF³ i del preàmbul d'aquest mateix cos legal,⁴ l'autotutela es considera la solució adequada per als supòsits d'aquells subjectes que, encara amb plena capacitat d'obrar, gaudint de plenes facultats cognitives i en previsió de patir, o patint ja, una malaltia invalidant que en un termini més o menys curt obligarà a constituir una tutela, una curatela o una administració judicial, amb la declaració prèvia de la incapacitació, puguin ordenar tot el sistema tutelar per a l'atenció de la seva persona i l'administració del seu patrimoni, tasca per a la qual escolliran les persones més properes i de més confiança o n'exclouran unes altres, i puguin nomenar substituïts o establir successions.⁵ En aquest sentit, Badosa Coll defineix el terme *autotutela* com «la legitimació d'un major d'edat per regular el mecanisme protector de la seva tutela, en contemplació d'una eventual incapacitació».⁶ En qualsevol cas, l'autotutela constitueix una declaració de voluntat unilateral, no receptícia, revocable i expressa, de manera que no és admissible una declaració tàcita en relació amb la configuració del seu organisme tutelar, i és molt menys admissible una presumpció nominativa, atès que la claredat en la seva determinació és exigible en els mateixos termes, com a mínim, que la que s'exigeix per a nomenar hereu, per la qual cosa la seva eficàcia queda en suspens fins al moment en què es declari la incapacitat.

A més, i com hem esmentat anteriorment, la regulació de l'autotutela pretén potenciar i respectar el principi de l'autonomia de la voluntat que regeix el

3. Article 172.1 CF: «Qualsevol persona, en previsió d'ésser declarada incapaç, pot nomenar, en escriptura pública, les persones que vol que exerceixin algun o alguns dels càrrecs tutelars establerts per aquest Codi, i també designar-ne substituïts o excloure'n determinades persones. En cas de pluralitat successiva de designacions, preval la posterior. També pot establir el funcionament, la remuneració i el contingut, en general, de la seva tutela, especialment pel que fa a la cura de la seva persona. Aquests nomenaments es poden fer tant de forma conjunta com successiva.»

4. «En aquest mateix marc del respecte de l'autonomia de la voluntat pot incardinar-se la institució de l'autotutela, segons la qual qualsevol persona amb plena capacitat d'obrar pot designar i establir les condicions del seu organisme tutelar, en previsió d'una futura declaració d'incapacitat.»

5. La realitat social en la qual ens movem actualment demostra que és difícil trobar persones disposades a acceptar aquest tipus de responsabilitats, i fins i tot trobar institucions que puguin acceptar el nombre cada cop més gran de càrrecs tutelars per als quals són proposades, per falta de mitjans econòmics i humans, i amb els quals puguin garantir la bona realització del càrrec.

6. F. BADOSA COLL, «La autotutela», a *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, p. 903.

nostre ordenament jurídic, raó per la qual no permet que l'autoritat judicial pugui prescindir dels nomenaments efectuats per la mateixa persona interessada, tal com es deriva expressament del contingut de l'article 178 CF.⁷ Únicament estarà permesa la desvinculació de la decisió presa pel declarat incapaç quan prosperi la impugnació de les persones cridades per la llei per a l'exercici de la tutela o pel ministeri fiscal (art. 172.2 i 179 CF). Així, la designació efectuada pel subjecte mateix és preferent a l'apreciació que pugui fer l'autoritat judicial de les circumstàncies que qüestionin la decisió adoptada.⁸

De la mateixa manera, i com s'estableix en l'article 161 CF, l'anomenada *autodesigna* efectuada pel subjecte declarat incapaç quan gaudia de plena capacitat d'obrar, és preferent a la rehabilitació de la potestat del pare i de la mare.

3. REGULACIÓ ACTUAL: LLEI DEL PARLAMENT DE CATALUNYA 9/1998, DE 15 DE JULIOL, DEL CODI DE FAMÍLIA

A Catalunya, la regulació actual de l'autotutela s'ha construït a partir de la previsió de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars, i de la Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la llei anterior, l'article 5.1 de la qual va introduir la facultat de qualsevol persona, entesa en el sentit de major d'edat capaç, de nomenar-se un tutor, un protutor i un curador, designar substituïts de tots aquests o ordenar l'exclusió d'altres subjectes, en previsió d'una futura declaració d'incapacitat.

Actualment, l'autotutela es troba regulada en el Codi de família, aprovat per la Llei del Parlament de Catalunya 9/1998, de 15 de juliol, que recull aquesta institució en la secció primera del capítol segon, «La delació voluntària», del títol VII, «La tutela i les altres institucions tutelars», i a la qual destina concretament el precepte 172 i, referint-se a la tutela diferida del pare i de la mare, el 173, ambdós articles referents a les delacions fetes per un mateix. Aquests preceptes es complementen amb altres del mateix cos legal, com ara els articles 174, 176, 177, 178, 198*a*, 199, 201, 226-236, aquests últims destinats a regular el consell de tutela, figura que només pot establir-se a instància de la mateixa persona tutelada o en supòsits de delació paterna, i 251 CF.

7. Article 178 CF: «Si no hi ha tutor o tutora nomenat per la mateixa persona interessada o pel pare i la mare, o si la persona designada és incapaç per a exercir el càrrec, s'excusa o n'és remoguda, correspon a l'autoritat judicial aquesta designació.»

8. A. CROSAS ARMENGOL, *La delació voluntària de la tutela en el dret català*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, p. 29.

Amb aquesta regulació, el legislador català ha pretès potenciar la intervenció de la mateixa persona en la configuració del seu organisme tutelar, com es deriva dels articles 172, 173 i 184.2 CF, sens perjudici que la constitució de la tutela sigui sempre judicial (art. 184.1 CF), de manera que es desjudicialitzin els àmbits relatius a la família i s'agilitin els tràmits per a constituir la tutela,⁹ i ha intentat que en l'ordenació jurídica catalana la delació judicial tingui un caràcter subsidiari i prevalgui el sistema de tutela familiar,¹⁰ així com l'autonomia de la voluntat de qui preveu la seva futura incapacitat.

Però una cosa és parlar de delació i una altra, de la constitució i el desenvolupament de la tutela, ja que en aquest cas la intervenció de l'autoritat judicial serà determinant i predominant, atès que:

—Intervé en el procediment d'al·legació d'excuses per part dels titulars dels càrrecs tutelars (art. 188 CF).

—Pot exigir una fiança a la persona designada per a exercir la tutela o l'administració patrimonial, abans de donar-li la possessió del càrrec (art. 189.1 CF).

—Intervé en la realització de l'inventari dels béns de la persona tutelada.

—Intervé en la remoció dels càrrecs tutelars (art. 195 i seg. CF).

—I, finalment, intervé també en el nomenament de substituïts en els casos previstos en l'article 203 CF, és a dir, en els supòsits de cessació del tutor quan la tutela sigui exercida per dues persones (art. 198 CF) i de cessació del tutor o l'administrador patrimonial si s'hagués procedit a separar la tutela de la persona de l'administrador patrimonial (art. 181.2, 200 i 211 CF).

Així mateix, si no s'ha previst l'existència d'un consell de tutela, l'autoritat judicial podrà, entre altres mesures, prendre les següents:

—Fixar les mesures de control del funcionament de la tutela, especialment pel que fa a la gestió patrimonial (art. 193 CF).

—Resoldre desacords entre els tutors amb facultats atribuïdes conjuntament o entre el tutor i la persona responsable de l'administració patrimonial, quan hagin d'actuar conjuntament (art. 201 CF).

9. S'ha de tenir en compte que l'autotutela, o autodelació de la tutela, es troba estretament vinculada amb la tutela diferida pel pare i la mare respecte als fills menors i majors d'edat incapacitats.

10. Encara que doctrinalment es parla de tutela d'autoritat i tutela de família, en l'ordenament jurídic català, com afirma E. ROCA TRIAS a *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. II, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 135, en el Codi de família hi ha un sistema mixt de protecció. En aquest mateix sentit, vegeu J. M. LETE DEL RÍO, «Comentarios al título X del Código civil», a M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1998, p. 220, que entén que cap dels dos models organitzatius de la tutela es presenta de manera pura, atès que existeix intervenció de la família en els sistemes de tutela d'autoritat i intervenció de l'autoritat judicial en els sistemes de tutela de família.

—Nomenar un defensor judicial en cas de conflicte d'interessos entre la persona tutelada i el tutor o l'administrador patrimonial (art. 202 CF).

—Concedir les autoritzacions per a les actuacions establertes en els articles 212, 215.2 i 219 CF.

—Modificar la remuneració establerta a favor del titular de la tutela o de l'administració patrimonial, si aquesta resulta excessiva o insuficient (art. 177.2 CF).

En qualsevol cas, i deixant de banda l'activitat judicial en la constitució i el desenvolupament de la tutela, en detallar el contingut de la regulació de l'autotutela en la legislació catalana pretenem establir les bases necessàries per a, posteriorment, incidir en l'admissió d'aquesta figura en l'àmbit del Codi civil mitjançant l'aprovació de la Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, en la qual es conté una modificació del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil en la matèria que ens ocupa.

Abans de començar a fer una anàlisi detallada de la institució, cal dir que el dret català no ha estat innovador en regular aquesta institució i incorporar-la al nostre dret positiu, ja que són diversos els ordenaments jurídics que donen prioritat a la voluntat que va adoptar l'incapaç quan encara gaudia de plena capacitat.

El BGB alemany, que en els seus paràgrafs 1896 i següents regula la figura de l'assistència (*Betreuung*), preveu que per a designar l'assistent o el curador (*Betreuer*), que complementaran la capacitat del subjecte en l'àmbit personal i patrimonial en la mesura que disposi la resolució judicial de constitució de l'assistència, es donarà prioritat a la voluntat del presumpte incapaç, llevat que l'autoritat judicial aprecii que això és contrari als interessos del subjecte. En qualsevol cas, no serà necessari que la voluntat hagi estat expressada de manera anticipada ni formalment, com ocorre amb l'autotutela del sistema català, ja que únicament es tindrà en compte si la persona manté la capacitat natural necessària per a expressar degudament quina és la persona que considera més idònia per a la seva cura.

En el sistema suís s'estableix que, quan el jutge designa un tutor, aquesta designació ha de recaure en la persona designada pel mateix incapaç, llevat que sigui desaconsellable. I, com el sistema alemany, el suís permet al presumpte incapaç promoure la seva pròpia incapacitació.

També en el sistema francès es preveu un sistema en el qual regeix el principi de l'autonomia de la voluntat, atès que permet que mitjançant la «carta d'intencions» (*lettre d'intention*) el futur incapaç sol·liciti al jutge que nomeni una determinada persona tutor seu.

I, fora d'Europa, el sistema nord-americà també es mostra favorable que regeixi el principi d'autonomia de la voluntat i, en conseqüència, a la possibilitat d'adoptar disposicions voluntàries amb contingut personal i patrimonial per al supòsit d'una futura incapacitació.

3.1. CAPACITAT

Ens referim a quina és la capacitat que ha de tenir la persona legitimada per a ordenar eficaçment el seu sistema tutelar i quin és el fonament d'aquesta legitimació.

En concret, el primer apartat de l'article 172 del Codi de família es refereix a «qualsevol persona» com el subjecte legitimat per a organitzar la seva pròpia configuració tutelar, encara que el preàmbul del Codi de família concreta més i es refereix a la persona amb plena capacitat d'obrar¹¹ com la legitimada per a designar i establir les condicions del seu organisme tutelar en previsió d'una futura declaració d'incapacitat. Així, doncs, queden exclosos els subjectes en els quals concorri qualsevol circumstància que els provoqui una situació de pèrdua de capacitat intel·lectual i volitiva que els impedeixi governar-se per si mateixos. Aquesta legitimació es fonamenta en el respecte del principi d'autonomia de la voluntat i, en conseqüència, en el reconeixement de la facultat de les persones de fer disposicions per si mateixes.

Entenem que en el moment en què s'adopta la mesura autoprotectora, que és necessàriament previ a la declaració d'incapacitat, la capacitat pot trobar-se ja afectada per la malaltia, però aquesta capacitat ha de ser en tot cas suficient per a conèixer i voler l'abast de les disposicions que s'adoptin. Així, és necessari que la persona física presenti l'aptitud jurídica il·limitada i general d'autogovern coneguda com a *capacitat d'obrar*, que es fonamenta en l'aptitud extrajurídica correlativa per a governar-se per si mateixa, coneguda com a *capacitat natural*.¹²

11. Igual com E. ROCA TRIAS i Ll. PUIG i FERRIOL, *Institucions*, p. 30 i 31, considerem que la regla general és entendre que la plena capacitat d'obrar s'adquireix amb la majoria d'edat, ja que en arribar a aquesta edat s'extingeixen els sistemes protectors del menor que trobem arbitrats en l'ordenament jurídic, com poden ser la potestat (art. 158c CF), la tutela de menors (art. 170a i 220.1a CF) i les mesures de protecció del menor desemparat (article 16a Llei del Parlament de Catalunya 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats i de l'adopció). I com que tampoc no hi ha cap precepte que ho permeti, els menors no podran regular el seu sistema tutelar. Una situació diferent trobem amb els menors emancipats, ja que, tal com assenyala oportunament A. CROSAS ARMENGOL, *La delació voluntària*, p. 31, «[...] tot i aquesta consideració, cal entendre que també poden efectuar disposicions relatives als càrrecs tutelars en previsió d'ésser declarats incapaces, els menors emancipats (art. 159 CD) i els que haguessin obtingut l'habilitació d'edat (art. 217.1 CF), subjectes que si bé es situen en la minoria d'edat, es regeixen pel règim propi de la majoria; s'equiparen al major d'edat en relació a l'autogovern de la persona i els seus béns (art. 159 i 217.2 CF) tot i que necessiten que la seva capacitat sigui complementada en la realització de determinants actes», entre els quals no es troba el que ara ens ocupa.

12. F. BADOSA COLL, «La personalitat civil restringida. Les seves causes, el seu estatut jurídic», a *La personalitat civil: Segones Jornades Jurídiques de Lleida*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1984, p. 2.

En tot cas, l'aptitud natural del subjecte per a entendre i voler les conseqüències dels actes que realitza, comprèn no patir determinades malalties o deficiències físiques o psíquiques, ja siguin de caràcter permanent, continuat o intermitent, ja siguin de caràcter transitori o momentani, que els impedeixin regir la seva persona i administrar els seus béns. És per això que, si no existeix encara una declaració judicial d'incapacitació, correspon al notari autoritzant de l'escriptura observar si l'atorgant gaudeix de la capacitat natural necessària per a ordenar el seu propi sistema tutelar, per tal de tenir una certesa total sobre la capacitat del subjecte, sobretot en el cas de persones d'edat avançada, i emetre un judici de capacitat concordant amb la realitat del cas, d'acord amb allò establert en els articles 665 CC i 116 CS en matèria de testament, és a dir, sol·licitar l'examen de dos facultatius que certifiquin la capacitat de qui vol atorgar l'autotutela.¹³

3.2. CONTINGUT

El primer apartat de l'article 172 CF indica les disposicions que pot adoptar un subjecte per a l'ordenament de la seva tutela. Poden distingir-se les disposicions destinades a nomenar la persona o les persones¹⁴ que la persona afectada vol que exerceixin qualsevol dels càrrecs tutelars previstos per la llei, les destinades a nomenar substituïts i les destinades a establir successions. Junta-

13. S. TORRES ESCÁMEZ, «El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela», a *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, SA, 2001, p. 1407-1408, no està d'acord a entendre que, en cas de dubte sobre la capacitat de la persona interessada, el notari es pugui valdre dels mecanismes previstos per al testament, és a dir, el previst en l'article 665 CC, que requereix la presència de dos facultatius que reconeguin el testador i responguin de la seva capacitat. Torres Escámez sosté que «este precepto se refiere a un caso muy concreto: el del incapacitado en virtud de sentencia que pretende atorgar testamento en lo que la redacción del artículo anterior a la reforma de 1991 denominaba *intervalo lúcido*. Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo 19 septiembre 1998, “el juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas, como ocurre con el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa”».

Tot i l'opinió anterior, i el mateix autor referit ho reconeix, en la pràctica diària està molt difós el costum de cridar metges com a testimonis de l'escriptura en casos dubtosos de capacitat. I la funció d'aquests especialistes és ajudar el notari a sortir del dubte en sentit positiu. Així, doncs, si el notari, després de conèixer l'opinió del metge, segueix tenint dubtes sobre la capacitat, s'abstindrà d'autoritzar l'escriptura.

14. Es tracta tant de persones físiques com de persones jurídiques que no tenen finalitat lucrativa i es dediquen a la protecció de menors i incapacitats, tal com assenyalava l'article 185 CF.

ment amb aquest concepte positiu d'autotutela, en trobem un de negatiu, ja que s'entén com el mecanisme a través del qual l'atorgant exclou expressament una o diverses persones de formar part del seu organisme tutelar per al supòsit d'una incapacitació eventual,¹⁵ i estableix aquelles disposicions que versen sobre el funcionament, la remuneració i el contingut general de la tutela, especialment pel que fa a la cura de la seva persona. Aquest precepte, com ja hem dit amb anterioritat, es complementa amb altres d'aquest mateix cos legal, a saber:¹⁶

— L'article 174 CF indica que, en el cas que s'hagin designat diversos substituïts per als càrrecs tutelars, els càrrecs d'administració i la curatela, si no s'especifica l'ordre de substitució, serà preferent la persona substituïda designada en el document posterior, o, si el document conté més d'una substitució, la persona designada en primer lloc.

— L'article 176 CF estableix que, sens perjudici de les mesures de control establertes per l'autoritat judicial (art. 181 CF), la persona interessada a ordenar el seu organisme tutelar pot establir les mesures d'actuació tutelar i d'administració patrimonial que cregui convenientes, és a dir, la persona interessada pot prescindir de l'establiment d'aquestes mesures, cas en el qual les tasques de vigilància i control correspondran al jutge.

— L'article 168.1 CF estableix que les funcions tutelars s'han d'exercir de manera gratuïta, i a continuació considera l'excepció a aquesta regla general, que després reitera en els articles 172 i 177 CF: «[...] llevat dels casos en què s'estableixi expressament una remuneració.»

— L'article 177 CF regula la remuneració o la contraprestació pels serveis prestats per la persona o les persones que constitueixin l'organisme tutelar, i permet que la persona tutelada l'estableixi sempre que el seu patrimoni ho permeti. Aquesta contraprestació és diferent i compatible amb el dret al reemborsament de les despeses que originin l'exercici del càrrec tutelar. En tot cas, la remuneració establerta es pot modificar per decisió judicial o per acord del consell de tutela, si resulta excessiva o insuficient.

En aquest punt, mereix una menció especial el fet de si les persones jurídiques que exerceixen càrrecs tutelars tenen dret o no a ser retribuïdes, ja que sembla que aquesta retribució seria contrària a la condició que han de com-

15. D'acord amb l'opinió manifestada per A. CROSAS ARMENGOL a *La delació voluntària*, p. 37 i 39, tant el nomenament com l'exclusió han de referir-se a una persona o unes persones concretes, físiques o jurídiques, i no a un gènere de persones.

16. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos y autotutela», a R. MARTÍNEZ DÍEZ (coord.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas, 2000, p. 124-134.

plir per a constituir-se en entitats tutelars prevista en l'article 185.1 CF: la falta d'ànim de lucre.¹⁷ En aquest supòsit, entenem que, igual com succeeix amb les tuteles prestades per persones físiques, les persones jurídiques no han d'exercir el càrrec de manera totalment gratuïta, ja que el que pretenen les fundacions privades amb caràcter d'entitats tutelars és que els ingressos o beneficis obtinguts no es reparteixin entre els membres que formen l'òrgan directiu, o bé entre altres persones, però la percepció d'ingressos no està prohibida, ja sigui mitjançant subvencions, ja sigui mitjançant donacions o les remuneracions atorgades per les persones tutelades, sempre que es destinin a la finalitat de l'entitat. A més, s'està prestant a la persona tutelada un servei que la beneficia, i si aquest fos ofert per una persona física, aquesta tindria dret a una remuneració, sempre en funció del patrimoni de la persona tutelada, mai en perjudici seu.

—L'article 178 CF estableix que la designació del tutor o de l'administrador patrimonial correspon a l'autoritat judicial únicament si aquell no ha estat designat per la mateixa persona interessada o si la persona designada és incapaç per exercir el càrrec.

—L'article 198a CF preveu la possibilitat que siguin nomenades dues persones que actuïn de manera conjunta per a l'exercici del càrrec, les quals hauran d'actuar de conformitat amb les regles establertes en els articles 199 i 201 CF. No obstant això, el precepte 199 CF estableix dues excepcions a la regla d'actuació conjunta: 1) qualsevol dels tutors pot realitzar els actes que, d'acord amb les circumstàncies, es consideri normal que siguin exercits per un sol tutor; i 2) també poden ser efectuats unilateralment els actes de necessitat urgent.

—Els articles 226-236 CF regulen la figura del consell de tutela, que només pot establir-se a instàncies de la persona interessada o en els supòsits de delació paterna.

—L'article 239 CF reitera la figura de l'autodelació per als supòsits en els quals la guarda s'exerceix no sota la figura de la tutela, sinó sota la de la curatela.

—I, finalment, l'article 251 CF regula el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris, en el qual han de figurar totes les autodelacions voluntàries de la tutela atorgades d'acord amb el que s'estableix en l'article 172 CF.

A més de l'article 177 CF, relatiu a la possible remuneració de qui exerceixi un càrrec tutelar, la resta de disposicions personals i patrimonials que pot adop-

17. Contràriament a la tesi exposada aquí, A. CROSAS ARMENGOL, *La delació voluntària*, p. 41, sosté que «caldría considerar no retribuïble la tutela de les persones jurídiques, atès que l'establiment d'una retribució per aquest exercici seria contradictori amb la condició que han de reunir les persones jurídiques per a ésser tutores, previstes en l'art. 185.1r CF, la manca d'afany de lucre».

tar un subjecte a l'hora de constituir el seu organisme tutelar manquen d'una regulació específica, és a dir, no es detalla quin és el seu contingut concret. I això és un problema a l'hora de determinar quin és el límit del principi d'autonomia de la voluntat que regeix l'autotutela, o, el que és el mateix, el límit de la facultat de tota persona amb plena capacitat d'obrar de configurar el seu propi organisme tutelar. Aquesta situació fa que el control judicial sigui sempre necessari, en major o menor manera, com hem assenyalat al principi del punt tercer, per tal d'evitar un perjudici a l'incapacitat, ja que seria excessiu que la persona interessada pogués excloure totalment l'autoritat judicial. Amb això es resol el dubte de si dins d'aquestes àmplies facultats que se li reconeixen al subjecte plenament capaç de regular el seu propi organisme tutelar, s'inclou o no l'autorització per a realitzar els actes a què es refereixen els articles 212, 215.2 i 219 CF sense necessitat d'una autorització judicial prèvia ni del consell de família. La resposta ha de ser negativa, ja que en el primer precepte es tracten negocis patrimonials que poden comprometre greument el patrimoni de la persona, i en els altres preceptes es tracten supòsits que afecten directament la persona, com poden ser l'internament en centres d'educació especial o en altres establiments adequats i l'aplicació de tractaments mèdics especialment agressius.

3.3. ELEMENT FORMAL

L'article 172 CF, en relació amb els articles 171*b* i 251.1 CF, ens indica que la manera d'ordenar l'autotutela és mitjançant una escriptura pública.

Amb l'única i exclusiva inclusió de l'escriptura pública, el Codi de família descarta implícitament l'atorgament en un document privat, testament o codicil. En aquest sentit, atès que l'autotutela consisteix en una declaració de voluntat que desplegarà els seus efectes a partir de la fermesa de la sentència d'incapacitació del seu atorgant, i la designació subsegüent de l'organisme tutelar, l'escriptura pública és el mitjà adequat per a aquesta designació. I així és enfront del document privat, perquè l'actuació del notari permet garantir que la disposició, la data i l'autoria són fefaents. A més, garanteix un control més gran de la capacitat natural de l'atorgant, perquè l'assessorament notarial sembla que permet una formació i una interpretació adequades de la voluntat del disponent.¹⁸ I també és més adequat que el testament i el codicil, perquè, tal com hem dit, l'autotutela desplega els seus efectes en vida de l'atorgant i manca d'efectivitat una vegada s'obri la successió d'aquest.

18. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos», p. 130-132.

3.4. REGISTRE DE NOMENAMENTS TUTELARS NO TESTAMENTARIS

L'antecedent immediat del Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris, regulat en l'actual article 251 CF,¹⁹ és a l'article 3 de la Llei 11/1996, que va introduir la disposició addicional tercera de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars, i va crear el Registre de Tuteles i Autotuteles,²⁰ destinat a inscriure les delacions atorgades en ús de les facultats previstes en l'article 5 d'aquest mateix cos legal. I el desenvolupament reglamentari de l'article 3 s'ha dut a terme mitjançant el Decret 360/1996, de 12 de novembre, d'organització, funcionament i publicitat del Registre de Tuteles i Autotuteles²¹ de la Generalitat de Catalunya. L'objectiu d'aquest registre és que s'inscriguin les delacions de les tuteles fetes per la mateixa persona interessada (art. 251.1 CF).²²

Complementant això anterior, el paràgraf segon de l'article 251 CF indica que el notari autoritzant de l'escriptura pública en la qual es faci ús de les facultats establertes en l'article 172 CF, ha de dirigir un ofici al registre esmentat en el qual ha d'indicar el nom, els cognoms, el domicili i el document nacional d'identitat de la persona que ha procedit a la designació o la revocació del seu organisme tutelar; la identificació del mateix notari; el fet de l'atorgament, és a dir, si és de nomenament o d'exclusió, però sense indicar la identitat de les persones designades o excloses; el número de protocol, i el lloc i la data de l'autorització. En tot cas, la identificació del contingut de l'acte ha de quedar restringida, ja que en cap cas no pot fer-se constar en el Registre la identitat de les persones

19. Article 251 CF: «1. En el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris s'inscriuen les delacions de les tuteles que han estat atorgades en ús de les facultats establertes per l'article 172. | 2. Per tal de poder inscriure les delacions i els efectes de la designació de tutor o tutora, els notaris que autoritzin escriptures en les quals es faci ús de les facultats establertes per l'article 172 han d'adreçar un ofici al Registre a què fa referència l'apartat 1 indicant el nom, els cognoms, el domicili i el document d'identitat de l'atorgant i el lloc i la data de l'autorització i que en aquesta data s'ha procedit a l'esmentada designació o anul·lació, però sense indicar la identitat de les persones designades. | 3. Les normes relatives a l'organització, el funcionament i la publicitat del Registre a què fa referència l'apartat 1 s'han de dictar per via reglamentària.»

20. La disposició addicional única del Codi de família va modificar la denominació d'aquest registre a la de Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris, que, segons el preàmbul d'aquest mateix cos legal, s'ajusta més a la funció que realitza aquest instrument.

21. DOGC núm. 2283, de 20 de novembre de 1996, i decret que el Codi de família ha mantingut vigent.

22. També les delacions fetes pels progenitors poden ser atorgades en una escriptura pública, d'acord amb l'article 173 CF, per la qual cosa seran inscripibles en aquest Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris, com queda recollit en l'apartat primer de l'article 1 del Decret 360/1996.

sobre les quals ha recaigut la designació, la substitució o l'exclusió del nomenament per a l'organisme tutelar.²³

Aquest precepte es complementa amb l'article 184.2 CF, en el qual s'indica que, abans de constituir la tutela i si no consta en el procediment, l'autoritat judicial ha de sol·licitar a aquest registre i al Registre d'Actes d'Última Voluntat, certificats acreditatius de l'atorgament o no de les escriptures o els testaments a què fan referència els articles 172 i 173 CF. Així mateix, ha de comunicar el resultat d'aquestes certificacions al ministeri fiscal i als altres compareixents en el procés.

4. LA REGULACIÓ EN EL CODI CIVIL DESPRÉS DE L'ENTRADA EN VIGOR DE LA LLEI 41/2003, DE 18 DE NOVEMBRE, DE PROTECCIÓ PATRIMONIAL DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT

Del que s'ha dit fins ara es conclou que en l'àmbit de la legislació catalana no hi ha cap dubte a l'hora d'adoptar i aplicar la figura de l'autotutela.

Fins ara, el problema era en l'àmbit del dret espanyol, ja que, si bé la figura de l'autotutela va ser motiu de debat en els treballs parlamentaris relatius a la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de reforma de la tutela, aquesta mateixa no va ser acceptada. Aquesta negativa no va significar el rebuig total d'aquesta figura, sinó que, atesa la seva importància, havia de ser objecte d'un estudi més detallat abans no es procedís a adoptar-la expressament.²⁴ Aquesta circumstància ha fet

23. Article 4 del Decret 360/1996: «El Registre es farà en suport informàtic, per ordre alfabètic a partir dels cognoms de qui pot ser sotmès a l'organisme tutelar.»

24. M. A. CAMPO GÜERRI, «La autoprotecció del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34 (2000), p. 23-29.

Com indica A. CROSAS ARMENGOL, *La delació voluntària*, p. 23 i 24, la falta de previsió legal d'aquesta figura no ha significat que no s'hagi intentat introduir tant en la legislació catalana com en la legislació espanyola. En efecte, en l'ordenament civil català, el precedent de la regulació de les delacions fetes per un mateix és l'article 19 del Projecte de llei de la Generalitat de Catalunya de 1934 sobre la tutela i la curatela, que establia la possibilitat del major d'edat de nomenar un tutor en un instrument públic en el cas de trobar-se en algun dels supòsits previstos en el paràgraf segon de l'article 2 del Projecte, és a dir, els supòsits de malaltia, deficiència mental o defecte orgànic, que comportessin una manca d'autoregiment i la necessitat d'ajuda permanent.

Quant als orígens de l'autotutela en el dret espanyol, la voluntat de regular-la és més recent que en l'àmbit de Catalunya, si bé la seva discussió doctrinal es remunta al 1921, data en la qual Diego M. CREHUET DEL AMO (*La tutela fiduciaria*, Madrid, 1921) va introduir la figura de la «tutela fiduciària», per la particular confiança que mereix la persona designada pel futur incapaç. Però la paternitat del terme es deu a Eloy SANCHEZ TORRES, el qual, en un article publicat el 1928 a la *Revista*

que el punt principal de la discussió doctrinal sigui determinar si, en previsió d'una futura incapacitat, un subjecte pot deixar preestablerts, mitjançant un document públic notarial, formal, revocable i amb plens efectes arribat el moment, els organismes o les persones que han d'exercir els càrrecs i els mecanismes de vigilància i control de la seva persona i els seus béns; o bé pot excloure altres persones com a integrants de la seva guarda i custòdia, per al supòsit de la seva incapacitació eventual.²⁵

Avui dia, mitjançant la Llei 41/2003, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, finalment s'ha optat per una solució positiva. L'article 9 d'aquesta llei, «Modificacions del Codi civil en matèria d'autotutela», modifica l'article 223 CC i introdueix la figura de l'autotutela, ja que permet que «cualquier persona, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor [...]». També es modifica el paràgraf primer de l'article 234 CC, quant a l'ordre de preferència per al nomenament de tutor, de manera que en primer lloc es troba la persona designada

Crítica de Derecho Inmobiliario («Una nueva modalidad tutelar», p. 347 i 348), va dir: «La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona.» I Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, en un article publicat també a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* el 1953 («¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho?», p. 351 i 352), va distingir dos tipus d'autotutela, que actualment denominem *positiva* i *negativa*: «Por todo esto, no vemos inconveniente alguno para que la designación del tutor pueda hacerse por actos intervivos, mediante lo que pudiéramos calificar como mandato tutelar, que no sería contractual, sino unilateral, porque siendo la tutela institución obligatoria y de orden público la designación se impondría sin necesidad de aceptación del llamado, salvo las causas de excusas señaladas por la ley [...]. Lo que quizá no ofrezca lugar a dudas en nuestra legislación —y este problema no se lo plantea Diego María Crehuet— es que le esté permitido al presunto incapaz formular por actos intervivos su oposición a que determinada persona desempeñe la tutela en el supuesto de su futura incapacidad.»

F. BADOSA COLL, «La autotutela», a *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luís Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, p. 906, indica també una Reial ordre de 14 de març de 1924 que va considerar una hipòtesi d'autotutela, sense arribar a resoldre sobre el fons de l'assumpte. En la mateixa obra i en relació amb l'última discussió legislativa sobre l'autotutela, Badosa assenyalava que no va ser fins al 1981 que en el dret espanyol es va tornar de nou al plantejament sobre l'admissió de la legitimació de la mateixa persona interessada per a nomenar-se un tutor, amb motiu de l'elaboració parlamentària de la reforma del Codi civil en matèria de tutela; l'admissió va ser rebutjada en la votació final.

El 1983, en la discussió parlamentària de la llei de reforma del Codi civil en matèria de tutela presentada a l'inici de la nova legislatura, es va tornar a qüestionar l'admissió de l'autotutela a través de les esmenes presentades per diversos grups parlamentaris. Però, una vegada més, el text definitiu de reforma del Codi civil no va incloure aquesta figura.

25. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos», p. 125.

per la mateixa persona tutelada, en relació amb l'autotutela i amb el document públic que la crea.

4.1. ARGUMENTS EN CONTRA DE L'ADMISSIÓ DE L'AUTOTUTELA EN EL CODI CIVIL

Van ser diversos els arguments que, en el seu moment, no van admetre la introducció de la figura de l'autotutela en la regulació del Codi civil. Aquests arguments tenien l'origen en la concepció errònia de l'autotutela que es va tenir en compte en les discussions parlamentàries relatives a la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de reforma de la tutela, i van impedir la regulació expressa de l'autotutela en el codi civil actual.

En aquestes discussions parlamentàries del 1983 es va partir de la desafortunada idea que qui designa el seu propi tutor ja és un presumpte incapaç i que amb això aquest pretén promoure la seva pròpia incapacitació de manera voluntària. Però, en realitat, ens hem de situar en un moment de plena capacitat del subjecte, en la mesura que la incapacitació voluntària només és factible en el sentit que el mateix subjecte, en un interval lúcid,²⁶ es dirigeix al ministeri fiscal a fi d'assabentar-lo de la situació en què es troba i de les necessitats que creu que té.²⁷ És més, en el moment de l'atorgament de l'escriptura pública d'autotutela,

26. Cal fer un petit incís en relació amb els intervals lúcids i la seva incidència en els diversos tipus de demència que a vegades pateixen les persones grans. En aquest sentit, aquestes demències o malalties degeneratives —tant físicament com psíquicament— es caracteritzen per passar d'una capacitat inicial plena a una alienació plena, passant per períodes de disminució moderada o lleu, però conservant les facultats mentals i barrejant els estats de demència amb intervals més o menys freqüents de lucidesa, que són els que aquí ens ocupen. Les fases de normalitat psíquica d'aquestes malalties constitueixen manifestacions de la capacitat natural del subjecte per disposició expressa de la Llei, ja sigui utilitzant el mecanisme disposat especialment en els articles 665 CC i 116 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, ja sigui demostrant a través dels mitjans ordinaris i *a posteriori* que el subjecte tenia la capacitat natural suficient en el moment de l'atorgament.

27. En aquest sentit, vegeu A. ROMERO CANDAU, «Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, p. 457: «Los amplios términos del artículo 204 del CC no excluyen al presunto incapaz para que él mismo se dirija al Ministerio Fiscal promoviendo su incapacitación. Y así se consideró, además, en la tramitación parlamentaria de la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela, donde se rechazaron las enmiendas presentadas en este sentido al estimarse superfluas a la vista del artículo 204 del CC. Lo que sucede es que la incapacitación sólo procede cuando la persona ya ha perdido la facultad de autogobierno, no cuando la va a perder —o no— en el futuro. En consecuencia, la incapacitación voluntaria sólo sería factible en la medida en que se dirigiera el afec-

la causa de la incapacitat és només un esdeveniment hipotètic que pot ser cert en un futur més o menys proper i que s'integra en el negoci de l'autotutela només com una condició suspensiva, juntament amb una declaració d'incapacitació; és a dir, tindrà efectes, o bé una vegada s'hagi constituït l'expedient de tutela oportú, o bé un cop sigui ferma la sentència d'incapacitació, en la qual, tal com s'estableix en l'apartat segon de l'article 760 LEC, es pot nomenar la persona o les persones que han d'assistir o de representar l'incapaç, o vetllar per ell.

I, juntament amb aquesta idea que qui designa el seu propi tutor ha de ser un presumpte incapaç, trobem la concepció que, atesa aquesta condició d'incapaç natural, es tracta d'una persona amb un alt risc que la seva voluntat sigui captable per terceres persones interessades i, en conseqüència, impossibilitada per a organitzar el seu propi sistema tutelar. Però aquesta possibilitat de captar la voluntat és un problema que afecta tot negoci jurídic, i és impossible descartar la realització futura de negocis jurídics pel fet que es puguin sofrir vicis del consentiment.

Amb aquests arguments es va impedir la regulació expressa de l'autotutela en el Codi civil espanyol, situació que es va veure reforçada per la circumstància que la reforma de 1983 va accentuar el caràcter imperatiu dels preceptes d'aquest cos legal, ja que va limitar l'autonomia privada i la possibilitat d'estendre les seves normes per la via analògica, i va subratllar la intervenció de l'autoritat judicial i, des del 1987, la intervenció governativa encarnada en el ministeri fiscal.²⁸

En altres paraules, aquesta actitud contrària a l'admissió de l'autotutela considerava que la regulació en matèria de capacitat era una qüestió d'ordre pú-

tado al Ministerio Fiscal en uno de sus intervalos lúcidos haciéndole saber su mal y sus necesidades. Pero partimos de una persona inicialmente sana y capaz, y sobre ella es indudable que no cabe una incapacitación de futuro.»

Recordem que, amb l'entrada en vigor de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, es va derogar l'article 204 CC, el contingut del qual troben actualment en l'article 757.3.

L'article 14 de la Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat modifica l'apartat 1 de l'article 757 LEC, el qual passa a tenir la redacció següent: «La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, o los hermanos del presunto incapaz.» Així, doncs, ja no és el ministeri fiscal qui, a instàncies del presumpte incapaç, ha d'iniciar els tràmits d'incapacitació, sinó la mateixa persona principalment interessada.

28. Ens referim a la Llei 21/1987, d'11 de novembre, per la qual es van modificar determinats articles del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil en matèria d'adopció, per la qual es van modificar diversos preceptes del Codi civil en matèria de tutela, com ara l'article 232, que estableix que «la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado», o l'article 321, que diu que «también podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicite», entre d'altres.

blic, com demostraven la impossibilitat de renúncia, aplanament i transacció en els procediments d'incapacitació, el control judicial durant l'exercici de la tutela i el procediment de constitució d'aquesta. En conseqüència, considerava que l'autoregulació de l'autotutela que es preveia, abans de la nova redacció donada per la Llei 41/2003, en els articles 223, 224, 225, 226 i 245 CC, que faculden els progenitors a l'hora de proposar per al càrrec de tutor dels seus fills la persona que considerin més adequada, era una excepció, de manera que, en conseqüència, no era possible l'aplicació analògica d'aquests articles als supòsits d'autodelació voluntària de la tutela efectuada per la mateixa persona interessada.²⁹

A més, quan els articles 223, 224, 225, 226 i 245 CC atribueixen als pares la facultat de proposar per al càrrec de tutor dels seus fills la persona que creguin convenient, és perquè, com que són els seus representants legals en el moment mateix de la designació tutelar, estan en millors condicions de conèixer qui pot atendre i cuidar els seus fills atesa la necessitat present i futura d'aquests,³⁰ que no pas els mateixos presumptes incapaços que pretenen ordenar el seu propi organisme tutelar, ja que aquests no poden conèixer amb absoluta certesa qui podrà atendre'ls adequadament en el moment en què estiguin impossibilitats, especialment si l'arribada d'aquesta incapacitació es prolonga llargament en el temps.³¹

Segons aquest criteri, la situació de l'autotutela en el nostre codi civil era també clara, ja que l'enumeració de l'article 234 CC, relativa als subjectes preferits per a ostentar el càrrec tutelar, en cap cas no es referia a la persona designada pel mateix presumpte incapaç.³²

4.2. ARGUMENTS A FAVOR DE L'ADMISSIÓ DE L'AUTOTUTELA EN EL CODI CIVIL

Malgrat el silenci normatiu del Codi civil en matèria d'autotutela positiva i negativa, eren diversos els autors partidaris de l'admissió d'aquesta institució en el dret civil comú.

29. M. A. CAMPO GÜERRI, «La autoprotección», p. 24 i 25.

30. Les disposicions atorgades pels progenitors vinculen l'autoritat judicial en el moment de constituir la tutela, llevat que el benefici de la incapacitat exigeixi una altra cosa o que aquestes disposicions efectuades separatament pel pare i la mare siguin incompatibles, cas en el qual es farà mitjançant una decisió motivada (art. 224 i 225 CC).

31. A. ROMERO CANDAU, «Posibilidades de autoprevisión», p. 458-460.

32. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos», p. 133. L'article 9 de la Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat introdueix una modificació en el paràgraf primer de l'article 234 CC, ja que introdueix com a persona preferent a l'hora de nomenar un tutor la persona designada per la mateixa persona tutelada, d'acord amb allò establert en un document públic previ per mitjà del qual s'autoritza l'autotutela.

Un primer argument es fonamentava en el principi d'autonomia de la voluntat, que, com ja hem dit, és el principi que regeix la regulació de l'autotutela en el Codi de família de Catalunya; i, en segon lloc, aquest argument es fonamentava en l'actitud que «hi ha algú que pot tenir major interès en la bona assistència i cura d'un incapacat que els seus pares, i aquest algú és el propi incapacat».³³

Tal com defensava Badosa, aquesta institució havia de ser admesa en el dret espanyol, ja que la legitimació de la mateixa persona interessada es troba en l'autoregiment de tot subjecte major d'edat que gaudeix de plena capacitat d'obrar, o, el que és el mateix, en el principi d'autonomia de la voluntat que recull l'article 10.1 CE i que té base legal en l'article 323 CC, ja que es tractava d'estendre cap al futur, preveient la possible incapacitació, la legitimació de tota persona capaç per a regir la seva persona i administrar els seus béns lliurement, o, el que és el mateix, projectar la legitimació «actual» a una situació «futura» i instrumentar l'acollida d'aquesta a partir del nomenament judicial d'un tutor.³⁴

Aquest argument, si bé és cert que ens trobem davant d'una matèria d'ordre públic i que la reforma del Codi civil duta a terme el 1983 va accentuar el caràcter imperatiu dels seus preceptes, atès que va limitar el principi d'autonomia de la voluntat i la possibilitat d'estendre les seves normes per la via analògica, no significa que l'analogia d'aquests supòsits amb la facultat dels pares d'ordenar la tutela dels seus fills infringeixi aquestes característiques, ja que qui designarà el tutor i ordenarà les altres disposicions serà l'autoritat judicial competent, mentre que l'autodesignació o l'exclusió d'una determinada persona efectuada pel mateix subjecte major d'edat, en previsió de la seva futura incapacitat, serà presa en consideració per l'autoritat judicial únicament com un criteri més.³⁵

33. R. ZAPATERO GONZÁLEZ, «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 259 (1985), p. 75.

34. F. BADOSA COLL, «La autotutela», a *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, p. 922 i seg.

35. M. A. CAMPO GÜERRI, «La autoprotección», p. 24 i seg. En aquest mateix sentit es pronuncia A. VENTOSA ESCRIBANO a *La reforma de la tutela*, Madrid, Colex, 1985, que considera que, atesa l'amplitud d'atribucions que el nostre ordenament jurídic dona a l'autoritat judicial, és possible que aquesta pugui tenir en consideració els desitjos del presumpte incapacitat i doni eficàcia al nomenament d'un tutor o a l'exclusió d'una determinada persona efectuats pel mateix subjecte major d'edat capaç, en previsió de la seva futura incapacitat. I a la pàgina 52 de la mateixa obra diu que «lo que queremos decir es que si llega a conocimiento del Juez que uno mismo ha realizado disposiciones sobre su autotutela ello no significará que tales previsiones vinculen al Juez (como en principio señala el art. 224 CC), pero creemos que la autoridad judicial puede perfectamente tomar en consideración tal deseo del incapaz y pensamos que será un dato importante para realizar el nombramiento de tutor».

A més, atès el caràcter general que avui dia es dona a les causes d'incapacitació previstes en l'article 200 CC, a diferència de la situació anterior a la reforma de la tutela, és més fàcil admetre que qualsevol persona, fins i tot la mateixa persona interessada, pot preveure la seva situació i instar el procediment oportú (art. 757.3 LEC).³⁶ És més, tal com indica Zapatero González, la situació normativa de l'autotutela en el nostre codi civil era conseqüència de qüestions de política legislativa, i no d'un rebuig radical d'aquesta institució. De manera que, si el seu abast era positiu, aquesta situació només es podia arribar a entendre per mitjà del que es disposava en l'últim paràgraf de l'article 234 CC,³⁷ és a dir, davant d'un document públic notarial de la presumpta persona incapacitada en el qual es proposés una determinada persona per a un càrrec tutelar si fos necessària la constitució de la tutela, proposta efectuada quan el declarant era plenament capaç; el jutge hauria de tenir-ho en compte i hauria d'estimar si el benefici de la incapacitat exigeix o no que aquesta persona sigui cridada amb preferència a les previstes en l'article 234 CC.

Aquest precepte es complementava amb el que s'estableix en l'article 235 CC, que reitera l'àmplia llibertat de l'autoritat judicial en el nomenament del càrrec de tutor, en el sentit que entén que, si no hi ha les persones esmentades en l'article 234 CC i atenent de nou el benefici de la persona tutelada, pot designar mitjançant una resolució motivada la persona que, per les seves relacions amb l'incapaç, sigui més idònia.³⁸

En matèria d'autotutela negativa, ens remetiem a l'aplicació analògica de l'article 245 CC, que faculta els pares per a excloure determinades persones dels càrrecs tutelars, i a l'apartat segon de l'article 244 del mateix cos legal, que considera inhàbils les persones que tinguin una enemistat manifesta amb l'incapaç, per la qual cosa el document en el qual el subjecte exclouï una persona determinada ha de ser tingut també en compte per l'autoritat judicial en benefici del presumpte incapaç, que és el principi rector de la seva actuació.³⁹

36. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos», p. 124 i seg.

37. El document públic atorgat pel presumpte incapaç haurà de tenir-se en compte per l'autoritat judicial si arriba al seu coneixement, ja que, en no regular-se en el Codi civil, tampoc no s'estableix un sistema mínim de publicitat, a diferència del que passa en la legislació catalana amb el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris.

38. En aquest sentit, vegeu R. ZAPATERO GONZÁLEZ, «Antecedentes y trámite», p. 72 i seg. I també P. A. ROMERO CANDAU, «Posibilidad de autoprovisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, p. 460-461.

39. En aquest mateix sentit es va pronunciar L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «¿Existe la posibilidad [...]?», p. 352, que considerava admissible que el presumpte incapaç pogués formular la seva oposició que determinades persones accedissin al càrrec tutelar en el supòsit que fos declarat incapaç en un futur. I, això, sense forçar cap precepte de la nostra legislació, ja que constitueix

Però, en ambdós supòsits, en l'autotutela positiva i l'autotutela negativa, no es tractava d'una disposició vinculant per al jutge, a diferència del que s'estableix en els articles 172, 173 i 178 del Codi de família de Catalunya, dels quals es dedueix una conclusió totalment contrària.

En qualsevol cas, arribem a la mateixa finalitat a la qual arribem amb l'autotutela quan, una vegada iniciat el procediment d'incapacitació, es realitza l'exploració judicial i la persona afectada manté la capacitat natural suficient per a manifestar les seves preferències sobre la persona que considera més idònia per a encarregar-se de la seva atenció. El jutge ha de prendre en consideració l'expressió d'aquests desitjos, llevat que es vegi clarament que són contraris als interessos de la persona afectada.⁴⁰ De tot el que s'ha dit es conclou que l'autotutela tenia cabuda en el nostre codi civil, i així s'ha deixat clar en la Llei 41/2003, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, que, com ja hem dit, ha introduït la modificació dels articles 223 i 234 CC en matèria d'autotutela i en l'ordre de preferència per al nomenament de tutor.

4.3. CONTINGUT

Amb l'aprovació de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, s'han establert diverses modificacions de la legislació vigent, entre les quals hem de destacar la introducció de la regulació de l'autotutela, és a dir, la possibilitat que tota persona capaç d'obrar adopti les disposicions que cregui més convenients en previsió d'una futura incapacitació. I, tal com s'estableix en l'exposició de motius de la llei esmentada, la base de la regulació actual és directament la facultat que ja tenien els progenitors d'adoptar les mesures que consideressin més adequades respecte de la persona i els béns dels seus fills menors o incapacitats.

l'exercici d'una facultat potestativa per part de la persona individual, cosa que no es contradiu amb el caràcter social de la institució tutelar, que té com a finalitat principal la protecció de la persona i els interessos de l'incapaç.

40. Aquesta mateixa postura és argumentada per C. ROGEL VIDE, *Comentarios del Código civil*, t. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 702-704, el qual reforça aquesta tesi mitjançant l'obligació que imposa l'article 231 CC d'escoltar sempre el presumpte incapaç major de dotze anys a l'hora de constituir la tutela. En l'actual article 759.2 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, també s'indica que «cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno».

L'autotutela es regula amb la introducció de canvis mínims en la normativa ja existent en el Codi civil, canvis que consisteixen bàsicament a habilitar les persones amb plena capacitat per a adoptar les disposicions que considerin oportunes en previsió de la seva pròpia incapacitació, i això es fa en el mateix precepte que regula les facultats parentals, és a dir, l'article 223 CC, respecte de la tutela, i a alterar l'ordre de delació de la tutela, article 234 CC, canvi amb el qual es prefereix com a tutor la persona designada per la mateixa persona tutelada, sens perjudici de la facultat del jutge d'alterar aquest ordre de delació quan així convingui a l'interès de l'incapaç i sempre que hagin sobrevingut circumstàncies que ja van ser apreciades en efectuar la designació.

Alhora, hem d'admetre l'aplicació analògica de la resta dels preceptes que faculden els progenitors per a nomenar el tutor dels seus fills en els supòsits de l'autotutela, especialment la de l'article 245 CC. L'aplicació d'aquests preceptes ha de permetre al subjecte no solament nomenar el seu tutor, excloure determinades persones del càrrec esmentat i fer diversos nomenaments a fi que les persones nomenades se substituïssin les unes a les altres, sinó també establir òrgans de fiscalització de la tutela, establir les persones que han d'integrar aquests òrgans i ordenar qualsevol altre tipus de disposició sobre la seva persona o els seus béns. També podrà designar diversos tutors perquè exercixin conjuntament el càrrec tutelar (art. 236.4 CC).⁴¹ En conseqüència, el contingut d'aquests articles és similar al de l'article 172 CF.

Però, en línies generals i com passa en el Codi de família de Catalunya, no es regula de manera explícita quin és el contingut de les disposicions esmentades, és a dir, no s'estableix quines disposicions es poden adoptar i quines no dins del contingut assenyalat en l'article 223 CC. I això és un problema a l'hora de determinar el límit al principi d'autonomia de la voluntat dels subjectes.⁴²

41. Hi ha altres disposicions que són d'aplicació a les disposicions realitzades pels pares sobre la persona i els béns dels seus fills en relació amb la designació de l'organisme tutelar. Així, trobem: la facultat dels pares de perdonar la causa d'inhabilitat del tutor derivada d'una condemna privativa de llibertat o derivada del conflicte d'interessos amb el menor i incapacitat, si fos coneguda per aquests en el moment de fer la designació, excepte que el jutge estimi una altra cosa (art. 246 CC); la fixació de la retribució del tutor (art. 274 CC); la facultat que els pares permetin que el tutor faci seus els fruits dels béns de la persona tutelada a canvi de prestar-li aliments (art. 275 CC). La qüestió que ens plantejem és si tots aquests preceptes són d'aplicació als supòsits d'autotutela, i creiem que no hi ha cap dificultat per a aplicar-los per analogia, tal com s'ha fet en els preceptes ja referits.

42. Com indica A. VENTOSO ESCRIBANO, *La reforma de la tutela*, Madrid, Colex, 1985, p. 57-59, els pares no poden excloure totalment l'autoritat judicial: «Naturalmente las disposiciones adoptadas por los padres no siempre se cumplirán tal cual estaban pensadas por ellos, pues hay que tener presente el art. 224 C.C.: “las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso

4.4. FORMA I PUBLICITAT

La nova redacció donada a l'article 223 CC indica que, igual que en el Codi de família de Catalunya, la manera d'ordenar l'autotutela és mitjançant una escriptura pública.

D'aquesta manera, igual que en la legislació catalana, amb l'única i exclusiva inclusió de l'escriptura pública, el Codi civil descarta implícitament l'atorgament en un document privat, testament o codicil, per les mateixes causes esmentades anteriorment per al Codi de família.⁴³

En qualsevol cas, tot i admetre l'eficàcia de l'escriptura pública com a mitjà per a ordenar l'autotutela per les garanties que ofereix, el principal problema que plantejava l'escriptura pública en l'àmbit del dret espanyol era el de la publicitat, ja que no existia un registre similar al català, perquè semblava inapropiat recórrer al Registre Civil quan es tractava de disposicions l'eficàcia de les quals depenia d'una hipotètica circumstància futura. Però, tot i aquesta situació, la redacció actual de l'article 223 CC estableix que el notari autoritzant de l'escriptura pública en la qual es faci ús de les facultats establertes en aquest mateix article, ha de dirigir un ofici al Registre Civil per a fer-lo constar en la partida de naixement de la persona interessada.⁴⁴

5. CONCLUSIONS

L'autotutela s'erigeix en una de les institucions jurídiques necessàries per a regular certes situacions de fet que no són més que una conseqüència de la situació social en la qual ens trobem. És clara la necessitat que existeix actualment que cada persona pugui regir en certa manera el seu futur, i, en concret, aque-

lo hará mediante decisión motivada." En base a este artículo creemos que, en principio, no hay que poner trabas a la actuación de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de que las disposiciones adoptadas por los padres puedan ser aceptadas o puedan ser cambiadas por el Juez; lo que sucede es que creemos muy difícil que éste vaya, o incluso pueda por lo antes dicho, aceptar una organización de la tutela sin intervención alguna de la autoridad judicial.»

43. Autors com Rivas Martínez i Romero Candau defensen el testament també com a mitjà hàbil per a establir l'autotutela, si bé nosaltres creiem que és difícil, per inaplicació material, que en una disposició *mortis causa* es regulin institucions o situacions per a la vida.

44. M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Apoderamientos preventivos», p. 126-128. La Llei de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, en la modificació que inclou de l'article 223 CC, estableix que l'autotutela s'ha de fer en un document públic notarial que ha de ser comunicat d'ofici al Registre Civil pel notari autoritzant, per a la seva indicació en la inscripció de naixement de la persona interessada.

lles situacions que la situïn en una posició de dependència respecte a terceres persones.

En aquest sentit, l'admissibilitat de l'autotutela en el dret català queda fora de dubte per la seva regulació expressa, conseqüència d'una forta defensa del principi d'autonomia de la voluntat. El Codi de família de Catalunya, en el seu preàmbul, assenyala el respecte al principi esmentat en parlar d'aquesta institució, i l'article 161 del mateix codi estableix la preferència d'aquest principi i, en conseqüència, la de l'autodesignació efectuada pel subjecte declarat incapaç quan encara gaudia de plena capacitat d'obrar, en relació amb la rehabilitació del pare i de la mare.

No obstant això, ja hem observat que el dret català no ha estat innovador en regular aquesta institució i incorporar-la al nostre dret positiu, ja que són diversos els ordenaments jurídics que donen prioritat a la voluntat del presumpte incapaç quan encara gaudia de plena capacitat. És aquesta la idea que ha il·luminat l'admissió i la regulació de la institució en el nostre dret. Així, amb o sense intervenció judicial en algun moment del procediment, el nostre sistema es mostra favorable que regeixi el principi d'autonomia de la voluntat i, en conseqüència, a la possibilitat d'adoptar disposicions voluntàries amb contingut personal i patrimonial per al supòsit d'una futura incapacitació.

Atesa la situació actual en la pràctica comparada, es conclou que la pressió social existent a causa principalment de l'augment de la perspectiva de vida fa necessari potenciar el principi d'autonomia de la voluntat per tal de donar més eficàcia a les previsions que pugui fer un subjecte quan, mentre sigui plenament capaç, reguli la seva futura incapacitació de la manera més àmpliament possible. Això facilitarà el trànsit de l'autonomia personal a la dependència de tercers i ajudarà, en conseqüència, la mateixa persona afectada.

Aquesta idea és la que també ha inspirat el legislador estatal en la regulació de l'autotutela per mitjà de la Llei 41/2003, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, que ha significat l'admissibilitat expressa de l'autotutela en el dret civil estatal.

6. BIBLIOGRAFIA

- BADOSA COLL, F. «La autotutela». A: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Vol. II. Barcelona: J. M. Bosch, 1993.
— «La personalitat civil restringida. Les seves causes, el seu estatut jurídic». A: *La personalitat civil: Segones Jornades Jurídiques de Lleida*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984.

- CAMPO GÜERRI, M. A. «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34 (2000).
- CREHUET DEL AMO, D. M. *La tutela fiduciaria*. Madrid, 1921.
- CROSAS ARMENGOL, A. *La delació voluntaria de la tutela en el dret català*. Barcelona: J. M. Bosch, 2000.
- LETE DEL RÍO, J. M. «Comentarios al título X del Código civil». A: ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1998.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M. A. «Apoderamientos preventivos y autotutela». A: MARTÍNEZ DÍEZ, R. (coord.). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Madrid: Civitas, 2000.
- ROCA TRÍAS, E.; PUIG I FERRIOL, Ll. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. II. València: Tirant lo Blanch, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. «¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro derecho?». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1953).
- ROMERO CANDAU, A. «Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad». *Academia Sevillana del Notariado*. Tom VIII.
- SÁNCHEZ TORRES, E. «Una nueva modalidad tutelar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1928).
- TORRES ESCÁMEZ, S. «El juicio notarial de capacidad. Su aplicación en régimen de curatela». A: *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*. Tom II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. *La reforma de la tutela*. Madrid: Colex, 1985.
- ZAPATERO GONZÁLEZ, R. «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 259 (1985).