

El artículo 223.2.º del Código Civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad

por

DR. ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Acreditado como Catedrático de Universidad

Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de La Rioja

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES MÁS RECIENTES DE LA AUTOTUTELA EN NUESTRO DERECHO COMÚN.
 - II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE AUTOTUTELA.
 - III. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA.
 - IV. LA FUTURA INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA.
 - V. FORMA DE LA AUTOTUTELA.
 - VI. CONTENIDO DE LA DELACIÓN DE LA AUTOTUTELA.
 - VII. PUBLICIDAD DE LA AUTOTUTELA.
 - VIII. CONCLUSIONES.
-
- I. ANTECEDENTES DOCTRINALES MÁS RECIENTES EN NUESTRO DERECHO COMÚN

El sistema de tutela de autoridad ha propiciado, durante mucho tiempo, el rechazo a toda interferencia de la autonomía privada, impidiendo la presencia, hasta fechas recientes, de la autotutela en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La autotutela se introduce en el Código Civil mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria. Para entonces, la autotutela no era una novedad doctrinal puesto que ya se había planteado el contemplar esta figura en nuestro Código Civil a comienzos del siglo XX, incluso fue debatida su inclusión con motivo de los debates parlamentarios con ocasión de la reforma en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Además en uno de los Derechos Civiles españoles —el Derecho Civil catalán—, desde 1996 estaba ya vigente la autotutela, con la Ley de Tutela e Instituciones¹.

En la doctrina tomo, por tanto, como punto de partida, el planteamiento realizado en los años veinte del pasado siglo por Diego María CREUHET DEL AMO, quien se refirió a la tutela fiduciaria², para acoplarla en el Código Civil cuando, en su momento se realizase su reforma, añadiéndola a las tres modalidades tradicionales de tutela previstas en nuestro Código Civil —testamentaria, legítima y dativa—. Sin embargo, conocedor del trabajo de Diego María CREUHET DEL AMO, fue Eloy SÁNCHEZ TORRES quien acuñó el término «autotutela» en el Derecho patrio, recomendando su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico. Para justificar la posibilidad de introducir la autotutela en nuestro Derecho, tomó como punto de partida el supuesto resuelto por los Tribunales rusos, recogido en las crónicas de Derecho extranjero de la *Deustche Juristen Zeitung*. Se trataba del caso de un joven ruso, Ivon Cnimzo, que sufría una enfermedad hereditaria degenerativa incurable ligada a la edad. El mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizó un documento privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo suyo para el caso de que el temido momento de su locura aconteciera, como así ocurrió. En el documento dispuso que «por si en mi naturaleza encuentra exteriorización en su día, la enfermedad, en mi probablemente latente, de mis padres, yo, ciudadano ruso, mayor de edad, declaro mi deseo de que si algún día es preciso..., sean mis tutores...».

¹ Sobre este particular de los antecedentes, vid. BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Tomo segundo, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág. 903 y sigs.; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero de 2000, pág. 17 y sigs.

² CREUHET DEL AMO, D. M.^a, *La tutela fiduciaria* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Reus, Madrid, 1921, pág. 10, para quien el término fiduciaria equivale a confianza «y aunque este sentido debe inspirar todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en la que se defiera el futuro o posible tutelado: como que este encomienda la guarda de sí y de sus bienes para el momento luctuoso en que pierde su capacidad. En ninguna otra forma de tutela el efecto de fe, de satisfacción, en cuanto al tutor, se dibuja con caracteres tan vigorosos y firmes, porque aquí lo perfila y magnifica la voluntad del que ha de quedar sometido a la guarda, a la vigilancia de aquel a quien el que necesita ser guardado y vigilado constituye en guardián y vigilante».

Llegado el momento de locura, se planteó ante la justicia rusa la validez de tal estipulación: ¿una persona mayor de edad podía nombrar para el futuro a su propio tutor? La justicia resolvió reconociendo la legalidad del documento suscrito por Ivon Cnimzo, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales³.

La posibilidad de la figura de la autotutela la vuelve a plantear, unas décadas después, defendiendo su admisión en nuestro Derecho, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, quien propone lo que denomina un «mandato tutelar», que no sería contractual sino unilateral, ya que al ser la tutela una institución obligatoria y de orden público, no necesitaría la aceptación del llamado dejando a salvo las excusas señaladas por ley, «independientemente de que dicho acto no podría ser otorgado más que por personas mayores de edad y de que surtiría efectos jurídicos en vida del que lo realizó, por lo demás guardaría grandes similitudes con la designación testamentaria del tutor, por lo que también se podría denominar cuasi-testamento. De este modo, sería factible de renovación, ínterin no se iniciase el procedimiento para pronunciar la incapacidad del otorgante, ya que, si la voluntad humana es mudable hasta la muerte, no hay razón para que no tengan eficacia las mudanzas expresadas en acto unilateral que no afecta en cada una de sus manifestaciones a tercero, sino que solo en la última manifestación ha de existir con éste el nexo obligatorio de la tutela»⁴. Por tanto, en este sentido, entendía que más allá de la incapacidad del tutelado, hay que respetar en lo posible la voluntad de lo que dispusiera siendo capaz, pues ante y sobre todo se trata de cumplir su mandato —lo importante es el contenido de la voluntad—, siendo fieles al destino que imprime tanto en su vertiente personal como patrimonial. Pero además este autor pone especial énfasis en evidenciar la dimensión negativa de la autotutela, consistente en la posibilidad de que el presunto incapaz formulase su oposición a que determinada persona desempeñe el cargo de tutor en el supuesto de futura incapacidad, ya que según el autor, «...constituye el ejercicio de una facultad potestativa por parte de

³ SÁNCHEZ TORRES, E., «Una nueva modalidad tutelar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928, págs. 345-348, trasladando su posibilidad en nuestro Derecho, era favorable, considerando el parangón de la autotutela con las herencias a favor del alma, señalando la identidad de su fundamento y fines. Además expresa que «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».

⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, págs. 350-352. Justificaba la tutela fiduciaria no solo en el criterio que inspira toda institución tutelar de que siempre se debe apreciar el interés del tutelado, sino también en la posibilidades que expresamente ofrece nuestro Código Civil, ya que si unos extraños pueden nombrar tutor al menor o incapacitado en virtud del artículo 207 del Código Civil, si también el menor de edad y mayor de catorce años (art. 663.1 del CC) e incluso el demente, en el caso y con las formalidades del artículo 665 del Código Civil, y el pródigo *ex* artículo 221.2.º del Código Civil, tienen posibilidad de hacer esta designación, con mayor razón la persona plenamente capaz ha de poder nombrárselo a sí misma antes de ser incapaz.

persona individual, que no está en contradicción con el carácter social de la institución tutelar, en cuanto ésta tiene como finalidad principal, la protección de la persona e intereses del incapaz. Luego la sociedad por su propio bien, no puede imponerle a una persona, el que sufra la potestad de un tutor que él ha reprobado de antemano, porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual»⁵.

Posteriormente, ni en los más destacados planteamientos doctrinales, ni en la reforma legal de la tutela de 1983, triunfó la figura de la autotutela⁶. En la doctrina, en destacados estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, no se trató, al menos de forma expresa, la cuestión⁷. Por su parte, en la reforma legislativa de la tutela en 1983, por razones diversas, fundamentalmente de prudencia legislativa —como se pone de manifiesto en los trámites parlamentarios— no prosperó la propuesta de introducir la autotutela en nuestro Código Civil⁸. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ pone de manifiesto que entre los argumentos utilizados en contra de la admisión de la autotutela en

⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», *op. cit.*, pág. 362.

⁶ Esta carencia no era exclusiva del Derecho español, sino que la situación era la misma que en otros países, fuesen o no de nuestro entorno. Salvo en Suiza, en cuyo Código Civil —art. 381—, se contemplaba la autotutela («A menos que justos motivos no se opongan a ello, la autoridad tutelar nombrará tutor a la persona designada por el padre o la madre o por el incapaz»), muy pocos Estados de nuestra órbita contemplan la posibilidad de que una persona, en previsión de una incapacitación, pudiera disponer de alguna medida que adquiera eficacia posteriormente a la incapacitación, y allí donde existe, salvo el caso suizo, no es precisamente la autotutela sino la previsión del mandato válido para después de la incapacitación prevista —parágrafos 1896 y 1897.4 del B.G.B. alemán—.

⁷ Díez-PICAZO, L. (Dir.), *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea/Dirección General de Servicios Sociales (SEREM), Madrid, 1977, págs. 22, 23 y 38. En estos estudios se contemplaba la incapacitación voluntaria —arts. 211 y 212 del proyecto de varios autores—, bajo cuya rúbrica se previó la posibilidad de que personas en las que concurren determinadas circunstancias invalidantes pero que no han adquirido la entidad de causa legal de incapacitación, puedan voluntariamente someterse a incapacitación, y pudiesen así quedar sometidas a la tutela, según el funcionamiento y delación general del Código Civil.

⁸ El diputado señor Canellas propuso que cualquier persona, en documento público o notarial, pudiera ordenar respecto de sí misma la delación de la tutela. La enmienda fue rechazada, si bien a la luz de las discusiones parlamentarias cabe concluir que «nada hay en el debate de esta enmienda que nos haga pensar que fue la voluntad del legislador prohibir o hacer radicalmente ineficaz esta conducta; antes bien, el rechazo a la introducción de la autotutela en nuestro derecho positivo obedeció a razones de prudencia legislativa», sobre estos debates parlamentarios de la reforma de la tutela del año 1983, vid. a ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», en *Estudios sobre la tutela (en torno a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, dir.: GARCÍA CANTERO, Editorial Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 259, Madrid, 1986, págs. 72 a 76; GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «La autotutela en el Derecho Común español», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Colegio Notarial de Granada, 1998, págs. 202-204.

nuestro Derecho con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley 11/1983, de 24 de octubre, el más importante fue la posible captación de la voluntad del autotutelado por la persona que designaba tutor para sí. Esto es, se consideraba que si una persona estaba casi incurso en causa de incapacitación, esto es era ya un presunto incapaz, su voluntad era fácilmente captable, en particular por quien podía ser designado para ser tutor. Sin embargo, manifiesta este autor que «*la autotutela lo que persigue es que una persona que todavía se encuentra en perfectas condiciones, es decir, sin merma de su capacidad, pueda decidir —positiva o negativamente— lo que considere necesario en previsión de su eventual incapacitación*»⁹, esto es, en previsión de una incapacitación aún no acaecida.

No tendría que pasar mucho tiempo para incorporar al Código Civil una posibilidad tan lógica y aconsejable como la consistente en permitir que, estando todavía en plenitud de razón, sea el propio sujeto quien, con el fin de prevenir las consecuencias negativas de una futura disminución de sus facultades, pueda ordenar la protección de su persona y bienes para esa eventual situación¹⁰.

Con motivo de la declaración por parte del Consejo de la Unión Europea del año 2003, como Año Europeo de las personas con discapacidad, se retomó jurídicamente el debate sobre la autotutela, teniendo finalmente reflejo normativo la figura en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de la modificación del Código Civil¹¹, en virtud de la cual se modificaron, entre otros, los artículos 223, 234 y 239 del Código Civil.

⁹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 941.

¹⁰ BRANCÓS NÚÑEZ, E., «La procuration irrevocable et l'étude des dispositions pouvant être prises pour organiser sa propre incapacité dans l'avenir», en *Notarius International*, vol. 5, núm. 1, 2000, pág. 25, entiende que se evitaría además la paralización de la actividad jurídica y económica de la persona que, entrada en plena fase de decadencia, se encuentra en una situación entre la plenitud de sus facultades racionales y la incapacitación.

¹¹ En España, por primera vez se reguló legalmente la autotutela en el Derecho catalán mediante la Ley 11/1996, de 29 de julio (art. 5.1), que modificó la anterior Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares; luego el Código de Familia de Cataluña —Ley 9/1998, de 15 de julio—, la reguló en su artículo 172, y actualmente la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en cuyo artículo 222-4, contempla las «delaciones hechas por uno mismo». Sobre estos antecedentes del Derecho catalán, vid. PARRA LUCÁN, M.ª A., «El régimen de tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán (I)», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 20, abril de 1994, págs. 77 y sigs., de esta misma autora y sobre el mismo tema, vid., «Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 77 y sigs.

En el Derecho francés, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 125, alude como institución cercana a la autotutela, la carta de intenciones (*lettre d'intention*) en la que el futuro incapaz solicita del juez que nombre a una determinada persona como su tutor.

Hemos de felicitarnos porque se regule la autotutela, puesto que estamos ante una figura de manifiesta utilidad para que la persona que se encuentra con plenas facultades mentales proceda a designar a quien se ocupará de su tutela, estableciendo además los órganos de control y fiscalización que estime oportunos. Sin embargo, nos enfrentamos ahora con el reto de vertebrar la inveterada tutela de autoridad, con el muchísimo mayor reconocimiento de la autonomía de la voluntad que la reforma ha introducido en nuestro Código Civil y que encuentra su punto de fricción en lo dispuesto en el artículo 234, apartado primero —que sigue utilizando la expresión «se preferirá» para el nombramiento de tutor— y segundo —de acuerdo con el cual, excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del apartado 1.º del artículo 234 e incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, incluso al designado por el propio tutelado, si el beneficio de este así lo exigiere—.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE AUTOTUTELA

1. CONCEPTO

CREHUET DEL AMO, quien, en los años veinte del siglo pasado, abogó por introducir esta figura de la autotutela en nuestro Derecho Civil, perfiló sus elementos esenciales, y la definió como «*la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella, antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz*»¹². En esta misma línea, más recientemente, BADOSA, define la autotutela como «*la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación*»¹³.

¹² CREHUET DEL AMO, D. M.^a, *La tutela fiduciaria* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial Reus, Madrid, 1921, pág. 9 y sigs. Esta definición la recoge también RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, abril-junio de 1998, pág. 156. En cuanto a la denominación de esta figura, la cuestión no ha sido pacífica en la doctrina, si bien el término autotutela en el sentido ceñido al nombramiento de tutor por el tutelado para el caso de futura incapacitación fue el que se impuso, sin embargo, no faltaron quienes identificaban la autotutela con la «incapacitación voluntaria», reservando la expresión «autodelación de la tutela» para referirse a la facultad de designar al propio tutor. En este último sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, *op. cit.*, pág. 128. También es partidario del término «autodelación» para referirse a la autotutela, ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, págs. 458-460.

¹³ BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luís Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1993, pág.

Sin embargo, hay quien no comparte el planteamiento de que solo, en su caso, los mayores de edad pudieran designar tutor por sí mismos y además tampoco son partidarios de que la definición de autotutela se ciña a la denominada autotutela positiva excluyendo la negativa. Por eso, ROMERO CANDAU la definió como la «*posibilidad de una persona para designar su propio tutor o excluir a alguien del cargo*»¹⁴. En este mismo sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ conceptúa esta institución como «*la facultad de que goza una persona para designar a su propio tutor, o para excluir a alguien de tal cargo, en previsión de su eventual incapacitación*»¹⁵.

Pasando del plano doctrinal al plano legislativo, en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria con esta finalidad, se dice que en el contenido de esta Ley «*se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad...*

De ellas destaca, en primer lugar, la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de las enfermedades degenerativas.

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medias que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello

903. En parecidos términos, para CARPIO GONZÁLEZ, I., «Primera regulación de la autotutela en Derecho Español: La Ley catalana 11/1996, de 29 de julio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, núm. 189, Ilustre Colegio Notarial de Granada, noviembre de 1996, págs. 2811, la autotutela «*es la posibilidad de que una persona mayor de edad, para el caso, de que, en el futuro, pudiera ser incapacitada, prevea, en plenitud de facultades, la declaración del cargo tutelar a determinadas personas (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas (autotutela negativa)*».

¹⁴ ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, pág. 457.

¹⁵ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 944.

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

Por tanto, siguiendo el susodicho planteamiento legal, la autotutela se define por VAQUER ALOY como «*la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente*». En este sentido, el mismo autor destaca que el rasgo distintivo de la autotutela es que «se trata de la organización de la tutela sobre sí misma por parte de una persona cuando todavía goza de plenas facultades cognoscitivas y para el momento en que va a carecer de ellas siendo objeto de incapacitación judicial»¹⁶.

En definitiva, la autotutela, según el artículo 223.2.º de nuestro Código Civil, es la institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, puede en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor¹⁷.

Así pues, mediante la autotutela la persona con capacidad de obrar suficiente puede adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor¹⁸, haciéndola ella para sí misma y para el caso de ser declarada incapaz en el futuro.

¹⁶ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2004, págs. 1 y 2.

¹⁷ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 53, escribe que ante la autotutela «nos hallamos ante un mecanismo por medio del cual se reconoce al sujeto que conserve capacidad suficiente el derecho de designar a quien quiere como tutor, a través de la expresa manifestación, en escritura pública, antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo».

¹⁸ En la designación de tutor no hemos de olvidar que según el artículo 242 de nuestro Código Civil: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados». Conviene recordar la existencia de personas jurídicas especializadas en el cuidado de personas aquejadas de una concreta afección, esto es, cuentan con una especialización en la atención y cuidado de una afectación determinada: conocen la afección, el modo de tratarla y de los cuidados que requiere. Por todo ello, puede resultar interesante designar para sí mismo como tutor a una persona jurídica especializada en tratar a personas aquejadas por el mismo tipo de enfermedad que pudiera sufrir la persona que prevé su tutela y ordena su autotutela. Por otra parte, en ocasiones los jueces nombran un tutor de la persona y otro de los bienes, así LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Colegio Notarial de España, Madrid, 1997, pág. 115, ha escrito: «...en el caso de que el patrimonio que los padres dejen al disminuido sea muy complejo, puede ser conveniente acogerse a esta posibilidad, nombrando tutor de la persona a un familiar de confianza y tutor de los bienes a una persona técnica o

2. NATURALEZA JURÍDICA

El sistema actual de nuestro Código Civil es el de tutela de autoridad, lo que significa que esta se ejerce bajo control o salvaguarda de la autoridad judicial, la cual está investida de un amplio margen de discrecionalidad limitada únicamente por el beneficio del tutelado. En este contexto, la autotutela es una declaración de voluntad unilateral del propio interesado que no necesita para su perfección la aceptación de nadie, siendo la declaración contenida en documento público notarial válida desde su otorgamiento; es personalísima, puesto que solo puede ser ejercitado este derecho por el titular, no se puede delegar en nadie para hacer la designación (no cabe representación dada la importancia que reviste el juicio de capacidad en la manifestación de esta voluntad¹⁹); produce sus efectos en vida del declarante —*inter vivos*—; es recepticia, en cuanto que para que produzca sus efectos es necesario que sea dada a conocer a otra persona —a la autoridad judicial que entienda del proceso para el nombramiento del tutor y más tarde a conocimiento del designado, que podrá aceptar la designación o excusarse habiendo causa para ello—²⁰; y se trata de una declaración solemne —recogida en documento público notarial²¹— y, por último, revocable al ser la

perita en el tipo de administración de los bienes de que se trate (v.gr., valores mobiliarios, fincas rústicas...), pero en la mayoría de los casos, lo normal será que un solo tutor realice ambas funciones...».

¹⁹ JIMÉNEZ CLAR, A. J., «La autotutela y los apoderamientos preventivos», en *Jornadas sobre la nueva ley de Protección Patrimonial de los discapacitados*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Colegio Notarial de Valencia, 2005, pág. 130.

²⁰ Si bien de la elección voluntaria de tutor se predicen las notas de unilateralidad, en el sentido de no ser precisa otra voluntad distinta de aceptación para su perfección, de tal carácter unilateral no cabe deducir su naturaleza no recepticia como defiende SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 65, ya que cabe entender, por el contrario, el carácter recepticio por cuanto para que produzca efectos es necesario que la declaración de voluntad sea dada a conocer a otra persona (al nombrado y a la autoridad judicial, cfr. arts. 231, 234 y 259 y concordantes del CC) como ha defendido MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «La autotutela en el Derecho Civil común», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, pág. 161 y sigs.

²¹ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 66, se pregunta: ¿Por qué no permitir que el sujeto acuda directamente ante el encargado del Registro Civil para manifestar por comparecencia a quien prefiere como tutor? Este autor entiende que lo determinante es que exista una manifestación de voluntad fehaciente que pueda hacerse de otras maneras distintas del documento público; en concreto entiende como momento y forma adecuados la exploración que del presunto incapaz tiene que hacer el juez en el procedimiento de incapacitación. En este sentido alude a la SAP de Navarra (Sección 3.ª) 108/2005, AC 2005/1813. También trae a colación la emancipación por concesión de los padres que según lo dispuesto en el artículo 317 del Código Civil, «se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del registro». Ignacio SERRANO GARCÍA llega incluso a afirmar que: «afinando el discurso, habría que decir que parece muy conveniente la escritura cuando estamos ante una autotutela compleja, en la que además de designación de tutor existan otras disposiciones acerca de la persona y bienes, por la mayor seguridad que aporta la intervención notarial. En una autonomía simple, con designación únicamente de tutor, no

voluntad de la persona mutable, en este caso, hasta el momento de la pérdida de la capacidad²². El documento de autotutela puede modificarse mientras se conserve la capacidad suficiente requerida legalmente²³.

3. FUNDAMENTO DE LA AUTOTUTELA

La razón de existir la autotutela hay que buscarla en la facultad de autorregulación, respetando la plena libertad personal, que nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce a todo sujeto con capacidad suficiente, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando esta se produzca.

Con arreglo al artículo 223 del Código Civil, se permitía ya a los padres establecer la tutela de sus hijos menores e incapacitados. Si eso era así, que lo era, por qué no reconocer que el autotutelado tenga esa capacidad, en su propio beneficio, en relación con su propia tutela para designar a la persona que le inspira confianza, excluyendo a aquellas que no se la inspira.

El fundamento de la autotutela, por tanto, se encuentra en la facultad de autorregulación que el Ordenamiento Jurídico reconoce a cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser en el futuro incapacitada judicialmente. Esta facultad permite a una persona —el propio interesado— prever la propia incapacidad y así establecer las medidas precisas para cuando tal incapacidad se produzca. En principio, nadie mejor que el propio interesado —que conserva la capacidad de obrar suficiente— para designar a la persona que desea como tutor o para excluir a las personas que no desea para tal cargo²⁴.

parece imprescindible, a mi modo de ver, la intervención notarial. Más sencillez aún podría tener una autotutela negativa, en la que el sujeto se limita a expresar que no quiere como tutor al designado judicialmente, o que no quiere a aquel al que correspondería el desempeño de la tutela según el orden del artículo 234. Una voluntad negativa respecto de una concreta persona o grupo de personas (por ejemplo, los parientes de determinada rama), entiendo que es relevante sin importar la forma en que se manifieste, siempre que sea indubitada». Por otra parte, GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., «La autotutela en el Derecho Común español», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1998, págs. 202 y sigs., propuso como documento público en el que puede constar esta voluntad, la escritura, el testamento y el acta de notarial de manifestación.

²² Sobre las características de la autotutela, vid. DÁVILA HUERTAS, E., «La autotutela. Estudio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, Colegio Notarial de Granada, núm. 227, abril de 2000, págs. 1311 a 1313.

²³ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 68, entiende que «la revocación puede ser expresa, conteniendo el documento público notarial posterior una manifestación explícita de dejar sin efecto la primera designación o exclusión, o bien a través de un documento posterior que, sin contener una derogación expresa de la manifestación anterior, contenga disposiciones incompatibles con el documento anterior».

²⁴ TAIANA DE BRANDI, N. A., y LLORENS, L. R., «El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión», en *Revista del Notariado*, julio-septiembre de 1999, pág. 22,

La autotutela prevista en el artículo 223.2 del Código Civil²⁵ zanja la polémica doctrinal acerca de la posibilidad de la autotutela con la redacción precedente de nuestro Código Civil²⁶. La mayoría de la doctrina, atendiendo al

dicen: «si todo ser humano puede disponer de sus bienes para después de su muerte, ¿cómo no admitir que lo pueda hacer para cuando aún está en este mundo...? Partimos del convencimiento de que todo ser humano en el ejercicio de su más inalienable libertad y del más elemental derecho de propiedad tiene derecho a prever estas cuestiones (autoprotección de su persona y bienes en previsión de su futura incapacidad), como a intentar solucionarlas de antemano y al efecto de dictar y estipular pautas para su gobierno, en el supuesto de que en un futuro ya no pueda hacerlo por sí... decisiones... tomadas siendo capaz, para ser ejecutadas en una eventual circunstancia de incapacidad».

²⁵ Que se introduce por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esa finalidad.

²⁶ También se dieron argumentos por quienes entendían que con la anterior situación normativa procedente de la reforma de nuestro Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, existían ya suficientes argumentos como para admitir la autotutela en el entonces Derecho Común: la capacidad de autorregimiento que ha de ser reconocida a toda persona, la aplicación del argumento analógico a la facultad reconocida a los padres para nombrar tutor «en testamento o documento notarial» a sus hijos menores o incapacitados. ROMERO CANDAU, P. A., «Posibilidad de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1995, págs. 461 y 462; y CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, págs. 24 y 25. DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Algunas reflexiones para autodesignar el cargo tutelar. La “autotutela” en Cataluña», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-febrero de 2000, pág. 24, afirma: «Sobre la base de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 234 del Código Civil se puede respetar la designación hecha por el interesado, aunque legalmente no esté regulada la autotutela. El juez al encontrar una disposición de un incapaz, regulando su tutela cuando todavía tenía capacidad para ello, podrá mediante resolución motivada alterar el orden legal de delación a favor de lo dispuesto por el interesado. O incluso, atender el juez las indicaciones hechas por el sujeto, alegando que altera el orden en “beneficio” del incapacitado». MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 132, entendía que a la vista de la entonces redacción de nuestro Código Civil, los argumentos a favor de la autotutela con efectos propios —vinculantes o parcialmente vinculantes para la autoridad judicial, al modo de las disposiciones paternas— son de suficiente entidad.

También admiten el juego de la autonomía de la voluntad en la institución tutelar, en particular en cuanto a la atribución de bienes a incapacitados estableciendo un régimen de administración específico de ellos, artículos 223 y 227 del Código Civil, RIVAS MARTÍNEZ, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1998, págs. 178 y sigs.; CASTILLO TAMARIT, J., «Tutela. Autotutela. Protección de menores», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2001, págs. 40-43; FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en SERRANO GARCÍA, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, págs. 62 y sigs.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B., «La autotutela», en *Actualidad Civil*, 2002, pág. 1277. Sin embargo, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 947, entiende antes de la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esa finalidad, que «estos argumentos no ofrecen la consistencia suficiente como

tenor literal de nuestro Código Civil, se oponían a tal posibilidad²⁷, sin dejar de reconocer a la vez las ventajas que supondría su reconocimiento en nuestro Código Civil.

En la propia Exposición de Motivos de la susodicha Ley 41/2003 se justifica la autotutela declarando que: «Si los padres pueden adoptar medidas que consideren oportunas respecto de las personas y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ve obstáculo para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado». Por todo ello, se añade por la Ley 41/2003, el párrafo segundo al artículo 223 del Código Civil: «*Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*».

para considerar que hoy en día un juez español pueda admitir, a la vista de ellos, cualquier supuesto de autotutela, excluida, naturalmente, la aplicación del Derecho catalán».

²⁷ Argumentos en sentido contrario a entender que con la anterior situación normativa procedente de la reforma de nuestro Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se podía admitir la autotutela en el entonces Derecho Común: 1.º Tras la reforma de 1983, el régimen de la autotutela aparece constituido por norma de fuerte carácter imperativo que dificulta interpretaciones extensivas y aplicaciones analógicas, reduciendo el marco de la autonomía de la voluntad dado que el poder decisorio lo tiene el juez y no los particulares; 2.º el Código Civil seguía contemplando con carácter único, las tres formas tradicionales de delación de la tutela —legítima, testamentaria y dativa—, sin que apareciera la autodelación de la tutela; 3.º En el elenco de personas fijado en el artículo 234 del Código Civil para el nombramiento de tutor, no figuraba la persona o personas designadas por el interesado, no en vano las Cortes Generales no quisieron incluir la autotutela en la reforma de 1983. 4.º La posible captación de voluntad del presunto incapacitado. En este sentido, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2001, pág. 949, entiende que: «Estas razones —y algunas otras derivadas de la falta de adecuación de la actual normativa de la tutela en nuestro Código Civil a una figura como la autotutela, que fue rechazada por nuestro legislador de 1983— nos inclinan a considerar la necesidad de que el legislador español afronte *ex novo* y decididamente la regulación de esta figura, que, por otra parte, nos parece tan adecuada y beneficiosa para un numero creciente de personas en los momentos actuales. Pienso, además, que una iniciativa legislativa en este sentido caería de lleno en el ámbito del artículo 9.2 de nuestra Constitución, conforme al cual: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad... del individuo sea(n) real(es)...”. No en balde el Preámbulo del Código de Familia de Cataluña afirma, en su apartado II (“Principios de la presente Ley”), que “en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela”. Expuesto lo anterior, parece indudable que en nuestro Derecho común no existe una norma que expresamente autorice o prohíba la autotutela. Del silencio de los artículos 234 y 235 del Código Civil en relación con esta figura, se puede extraer la definitiva conclusión de que nuestro Código Civil todavía no la ha dado acogida. De estos dos preceptos solo se desprende que la delación de la tutela continúa adoptando en nuestro Código las tres formas tradicionales: testamentaria, legítima y dativa».

Como consecuencia de este añadido al artículo 223, se modificó el párrafo primero del artículo 234 del Código Civil para que, dado el supuesto del artículo 223.2 del Código Civil, en el nombramiento de tutor se prefiera a la persona designada por el propio tutelado.

Mediante esta figura, se concede al propio interesado una amplia facultad de auto-regulación que va más allá de la mera designación de tutor y que alcanza a organizar la tutela de la persona, por sí misma cuando todavía tiene plenas facultades mentales de cara al momento en que careciendo de ellas se le incapacite judicialmente. Por tanto, dos son los presupuestos fundamentales de la autotutela: la capacidad de obrar suficiente de la persona que ordena la autotutela y la previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro. A estos dos elementos, hemos de añadir un requisito o presupuesto formal: el documento público notarial a través del cual adoptará cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR SUFICIENTE DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA

Autotutela significa que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida su propia tutela —designación de tutor—, en previsión de ser incapacitada en el futuro.

El interesado, además de designar tutor para el caso de su eventual incapacitación, puede en el documento público notarial de delación de autotutela, designar curador a otra persona distinta del que ha designado como tutor, para el supuesto de que sea revisada su incapacitación por el juez dictando una nueva resolución que sustituye el régimen de tutela por el de curatela. Ahora bien, el artículo 292 dispone que sustituido judicialmente el régimen de tutela por el de curatela, «desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa». Por tanto, el juez no está obligado a nombrar curador a la persona designada por el autotutelado, a menos que así lo estime procedente por considera que es lo más adecuado al interés del incapacitado. Por otra parte, conforme a los artículos 234 y 235 del código civil la designación que hace el autotutelando —de tutor o curador— no son vinculantes para el juez.

En cuanto a los requisitos de capacidad para la validez de la autotutela, *cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente*, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes incluida la designación de tutor (el nombramiento de tutor corresponde al juez al constituir la tutela y de ese nombramiento depende la eficacia de la designación de tutor). Por capacidad de obrar suficiente ha de

entenderse la capacidad natural de entender y de querer cuando se designa al tutor o se adopta cualquier otra previsión en atención a la futura incapacitación²⁸. Se presume esta capacidad de obrar suficiente a las personas en tanto en cuanto no se dicte una sentencia firme de incapacitación, presunción que admite prueba en contrario en el caso de las personas que en el momento del otorgamiento del documento público notarial estuviese afectada de una enfermedad degenerativa²⁹. En suma, por capacidad de obrar suficiente, en mi opinión, no ha de entenderse solo mayoría de edad, puesto que si así lo hubiere querido el legislador hubiese empleado tal expresión o hubiese exigido la plena capacidad de obrar³⁰. No se trata por tanto, de una capacidad plena, sino si la persona sabe lo que quiere, entiende aquello que se expresa y si se da cuenta de las consecuencias de su manifestación en relación con la elección de tutor que quiere efectuar. Se trata por tanto de interpretar la expresión legal en el sentido más favorable a la propia eficacia de la declaración³¹. Así, en este sentido, en el momento de designar la autotutela en documento público notarial, el disponente debe tener capacidad de entender y querer las consecuencias del acto. Corresponde al notario autorizante emitir su juicio sobre esa capacidad, analizando la capacidad de la persona otorgante³².

En suma, los mayores de edad —salvo que careciesen de esa suficiente capacidad de obrar, en tanto en cuanto no se dicte una sentencia firme de incapacitación— pueden ordenar la autotutela: tienen la facultad para designar a

²⁸ FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, «La autotutela», en *La protección jurídica del discapacitado* (SERRANO GARCÍA, I., coord.), Valencia, 2003, págs. 62 y sigs.; MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamientos preventivos y autotutela», en *La protección jurídica de incapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (MARTÍNEZ DíEZ, R., dir.), Madrid, 2000, págs. 128, 129 y 131; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 1998, págs. 178 y sigs.

²⁹ Pensemos en el supuesto de ejercicio de la autotutela cuando ya se ha presentado la demanda de incapacitación del presunto incapaz, así FERRER RIBA, J., «Les institucions tutelars en el Codi de Família», I, en *La Llei de Catalunya*, num. 239, de 18 de enero de 1999, pág. 3.

³⁰ PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, núm. 6665, 6 de marzo de 2007, pág. 3. De esta misma autora en relación con el tema, vid., «Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor». Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, y «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, septiembre-octubre de 2007, págs. 2235 a 2253. Por otra parte, SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 69 y 70, escribe que: «Es conveniente para bien entender la cuestión, tener en consideración que lo único que hay en la delación hecha por uno mismo, es una manifestación de voluntad, sin eficacia inmediata, y que solo adquiere eficacia si el juez la estima. Por ello parece poco relevante la capacidad del sujeto... Y tampoco es decisivo encontrarse en una situación de plena capacidad de autogobierno o de ausencia de ella, por estar la persona en una incapacidad de hecho».

³¹ En este sentido coincido con SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 70.

³² Artículos 145, 156.8 y 167 del Reglamento Notarial.

quien haya de regir su persona y/o bienes para el caso de que su misma persona pueda resultar posteriormente incapacitada. Lo mismo puede afirmarse de los menores emancipados³³ en el bien entendido de que en el artículo 323 del Código Civil no se incluye este acto de autotutela entre los que requieren asistencia de los padres o del curador. La capacidad de los menores de edad emancipados se asimila a los de mayor de edad, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, rigiéndose como mayores de edad en la esfera personal³⁴. Cuando la emancipación es por matrimonio —art. 48 del CC—, se adelanta respecto del resto de emancipaciones, la edad a partir de la cual se tiene capacidad para ordenar la autotutela³⁵.

Más dudoso es que tengan esa capacidad de obrar suficiente para ello ciertos menores no emancipados mayores de catorce años.³⁶ Ahora bien, si el artículo 223.1 del Código Civil, autoriza a los padres, sin especificar su edad³⁷, a

³³ El emancipado tiene capacidad suficiente a los efectos de la autotutela, sin necesidad de asistencia de padres o tutor, vid. a PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela. ¿Desjudicialización de la tutela?», en *Diario La Ley*, núm. 6665, 2007, pág. 49. MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «La autotutela en el Derecho Civil Común», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, pág. 161 y sigs., quien entiende que: «el menor emancipado es persona a quien la Ley equipara con el mayor de edad, con las limitaciones que enumera el artículo 323.1.º del Código Civil —que han de ser consideradas números *clausus* y no susceptibles de ampliación analógica—; que hay que estar siempre a la mayor capacidad de la persona; y, por último, que las incapacidades y las prohibiciones han de ser interpretadas restrictivamente». En este mismo sentido, vid. a PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, especialmente pág. 60 y sigs.

³⁴ Artículos 323, 1263.1 a contrario, 164 y 267 del Código Civil, sobre el particular. ALONSO PÉREZ, M., «Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia», en *La tutela de los derechos del menor*; Córdoba, 1984, págs. 22 y 23, a la vista del artículo 323 del Código Civil ha afirmado que *la emancipación es un estado civil autónomo dentro de la minoría de edad, aunque su poder patrimonial está sometido a importantes limitaciones que constituyen un número clausus y no son susceptibles de ampliación analógica. Cualquier hipótesis dudosa debe interpretarse pro emancipado, es decir, a favor del reconocimiento de su capacidad como si fuera mayor*.

³⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 73.

³⁶ No falta quien defiende la existencia de analogía entre la capacidad para testar (gozan de capacidad para otorgar testamento notarial —art. 663.1 del CC—) y la requerida para la autotutela cuando se trata de un mayor de catorce años, y en este caso, considera que cuentan con la capacidad suficiente para nombrar a su tutor, así SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 71, ha escrito: «Como, en mi opinión, es posible la designación de tutor para sí mismo en testamento, y la testamentifacción activa se adquiere a los catorce años, la autotutela puede efectuarse con esa edad, siempre que el vehículo documental elegido sea el testamento abierto», aclarando después en nota a pie que «no cabe autotutela en los testamentos cerrados y ológrafos, por que solo se conocería la manifestación de autotutela con el testador fallecido, que ya no requiere de tutor».

³⁷ MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Barcelona, 1985, pág. 45, entiende que la facultad de designar al tutor descansa en el caso de los padres en la patria potestad. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «Artículos 223-227», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pág. 284, indica que «al no excluir el artículo 223 a los padres menores, estos pueden ejercitar la facultad allí concedida si tienen la capacidad

designar a las personas que han de ser tutor de sus hijos menores o incapacitados, porque no se va a autorizar a ese padre menor de edad, mayor de catorce años, para designar tutor para sí mismo, siempre con las debidas cautelas y con el filtro judicial³⁸.

Además, si por imperativo del artículo 231 del Código Civil, el juez está obligado a escuchar al tutelado, siempre que este sea mayor de doce años y cuando tenga suficiente juicio para la remoción de tutor —art. 248 del CC—, significa que antes de estar emancipado el menor tiene cierta capacidad, se tiene juicio por lo que se ha de escuchar al juez. Entonces, si para designar tutor el menor que tenga suficiente juicio ha de ser escuchado por el juez como tutelado, nada impide que el menor mayor de catorce años pueda otorgar el documento público notarial de autotutela ya que la misma no impide la intervención definitiva del juez quien finalmente nombrará al tutor —arts. 224 y 234 del CC— en beneficio del menor.

En definitiva, respecto a los mayores de catorce años, si pueden organizar la tutela de sus hijos en testamento, también tendrán capacidad para ordenar la autotutela³⁹. Ahora bien, en este caso ha de tenerse presente que siempre el juez puede acordar en su lugar la prórroga de la patria potestad del menor⁴⁰ si lo considera más beneficioso —art. 234.2 del CC—.

Por último, los menores de catorce años carecen de suficiente capacidad para otorgar una escritura notarial de autotutela⁴¹.

Por otra parte, pasando al supuesto de una persona incapacitada parcialmente, ¿está legitimada para disponer la autotutela? Pensemos en el supuesto en que una persona ha sido sometida a la intervención de un curador para actos de especial transcendencia económica, limitándose la intervención del curador a determinados aspectos patrimoniales. Esa persona podrá designar tutor previendo su incapacitación total. Puesto que la sentencia de incapacitación —que le nombró curador— no alcanzó a modificar la capacidad de obrar sobre su persona —sometió a la persona a curatela porque no tenía ausencia total de

requerida para otorgar el acto —testamento o documento— que ha de contener las disposiciones sobre la tutela».

³⁸ CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, abril-junio de 2000, págs. 25 y 26. Vid. artículos 48, 314 y 157 del Código Civil.

³⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, abril-junio de 1998, págs. 199 y sigs. En Cataluña, GARRIDO MERLERO, M., «Artículo 172», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua* (coord.: EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, J., dirs.), Madrid, 2000, págs. 773 y 774.

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 75, entiende que «entre la tutela y la patria potestad debe ser preferida la patria potestad prorrogada, por ser institución natural frente a la tutela que, precisamente en la minoría sustituye a la patria potestad...».

⁴¹ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 75.

capacidad—, podría tener capacidad de obrar suficiente para designar tutor ante una futura incapacidad total⁴². El notario valorará, en el caso concreto si esa persona tiene o no la capacidad de obrar suficiente requerida por el artículo 223 del Código Civil.

La capacidad del designado tutor se regirá por las reglas generales de la tutela —arts. 241, 242, 245 del CC—, así como las causas de inhabilidad —normas *ius cogens*— salvo las causas de los artículos 243.4 y 244.4 del Código Civil, si al tiempo de la designación del tutor, el autotutelado las conocía y a pesar de ello designa para este cargo al que se encontraba incurso en ellas, salvo que en virtud del artículo 246 del Código Civil, el juez determine lo contrario.

Al designado tutor le corresponden las funciones de representación y administración legal del incapacitado —arts. 267 y 270 del CC—.

IV. LA FUTURA INCAPACITACIÓN DE LA PERSONA QUE ORDENA LA AUTOTUTELA

Según el apartado segundo del artículo 223, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

La autotutela existe y es válida desde el otorgamiento, pero eso no significa que tenga eficacia automáticamente el cargo de tutor, para ello ha de tener lugar la incapacidad judicial del disponente, el nombramiento por el juez, en su caso —art. 234.2 del CC—, del designado en la autotutela como tutor y la aceptación del designado como tutor.

Por tanto, se requiere que se pronuncie una sentencia firme de incapacidad de la persona, puesto que es precisamente en previsión de que una persona sea incapacitada judicialmente en el futuro, que se establece entre otras previsiones la posibilidad de designarse tutor. Solamente dictada la sentencia firme de incapacidad de la persona, la autodelación de la tutela tendrá efectos jurídicos. En otras palabras, la autotutela depende de la ulterior incapacidad judicial del disponente a través del correspondiente procedimiento (que pudiera promover el propio interesado que va a ser incapacitado si aún contase con capacidad de obrar suficiente, aun cuando pudiera v.gr., estar avanzada su enfermedad degenerativa, si bien, no vincula al juez quien al dictar sentencia resolverá únicamente con arreglo a la Ley y no a las previsiones del interesado) sobre la extensión de la incapacidad y en su caso, sobre el régimen de guarda que procediere.

⁴² ARROYO AMAYUELAS, E., «Artículo 239 del Código de Familia», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua* (coord.: EGEA FERNÁNDEZ, J., y FERRER RIBA, J., dirs.), Madrid, 2000, pág. 980.

Ahora bien, el juez no está vinculado a nombrar como tutor a la persona designada por el interesado —art. 234 del CC—, si bien excepcionalmente no nombrará al designado en la autotutela⁴³, mediante resolución motivada (argumentando con razones por qué no nombra al designado en la autotutela), y todo ello cuando el beneficio del incapacitado así lo exigiese.

Por tanto, la sentencia judicial que incapacita al autotutelado y lo declara sometido a tutela, así como la extensión y límites de esta, es el presupuesto de la eficacia de la autotutela, pues sus previsiones producirán efecto tras la firmeza de la susodicha sentencia.

Si la extensión de incapacitación de acuerdo con la sentencia judicial es de curatela mientras que la persona en documento notarial prevé el nombramiento de un tutor, el juez puede tener presente la voluntad expresada y nombrar curador a la persona que se designó como tutora en el documento público notarial, aunque también puede —art. 234 del CC— prescindir de tal persona si el beneficio del incapacitado así lo exigiere⁴⁴.

V. FORMA DE LA AUTOTUTELA

Se requiere documento público notarial⁴⁵ para que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro pueda adoptar la designación de tutor —art. 223 del CC—. Se requiere, pues, un documento público notarial para revestir el acto de las garantías y seguridad que proporciona la intervención notarial.

El documento público notarial puede tener como destino exclusivo regular la autotutela⁴⁶, aunque también se puede encontrar la ordenación tutelar en un

⁴³ Puesto que la regla general será que el juez nombrará al designado en la autotutela.

⁴⁴ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2004, pág. 3, considera que: «en estos casos procede conceder la máxima eficacia posible a la voluntad del sujeto, en consonancia con la finalidad de la institución, e integrar la voluntad expresada adecuándola a la realidad imprevista, de modo que, en el ejemplo propuesto, se nombra curador a la persona designada tutora en el documento público, sin que sea de recibo una interpretación estrictamente literal de la voluntad del interesado».

⁴⁵ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 81 y sigs., entiende que «la escritura pública aporta un plus de garantía que no tienen el resto de posibilidades de expresión de voluntad. La intervención del notario en la escritura no es pasiva, en el sentido de limitarse a recoger y dar fe de una voluntad ajena, sino que interviene en el documento, no sustituyendo o completando la voluntad del sujeto previsor, pero sí, aconsejando primero, y negándose, posteriormente, a reflejar disposiciones que entienda contrarias a las leyes...», y añade después: «Para mayor seguridad es conveniente, por tanto, que la elección de tutor se haga en escritura pública...».

⁴⁶ CAMPO GÜERRI, M. A., «La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 34, 2000, pág. 27.

documento público notarial no autónomo —sin que especialmente haya de tener por objeto la ordenación tutelar— y no por ello dejará de ser válida la susodicha ordenación, puesto que el artículo 223 de nuestro Código Civil no requiere, a tales efectos, que se trata de un documento notarial autónomo.

Ahora bien, ¿cabe utilizar el testamento como documento que contuviere disposiciones de autotutela? Entiendo que no por dos razones. En primer lugar, porque el propio artículo 223.2 del Código Civil menciona únicamente el documento público notarial a efectos de la autotutela. En segundo lugar, porque el testamento no produce efectos hasta la muerte de su autor y en tal momento de nada servirían ya las previsiones de autotutela⁴⁷.

El notario hará constar que a su juicio el autotutelado se halla con la capacidad legal necesaria para designar tutor de sí mismo. Este juicio de valor que emite el notario da lugar a una presunción *iuris tantum* de aptitud del autotutelado, que admite prueba en contrario por quien solicite la nulidad de la autotutela.

En definitiva, la forma para adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, tiene que ser en «documento público notarial» —art. 223.2 del CC—, que puede tener como único contenido las susodichas medidas adoptadas o bien tener además otra finalidad —v.gr., el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales—. Se excluye, por contraposición al artículo 223.I del Código Civil, el testamento⁴⁸, aún cuando sea notarial que se reserva para delación de la tutela para otras personas distintas de los otorgantes. Por consiguiente solo cabe el documento notarial *inter vivos*, puesto que se excluye también el documento privado.

VI. CONTENIDO DE LA DELACIÓN DE LA AUTOTUTELA

Las facultades de auto-organización de la tutela se encuentran previstas en el propio artículo 223 del Código Civil, cuando dispone que el autotutelado «podrá, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa

⁴⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «¿Existe la posibilidad de autotutela en nuestro Derecho?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1953, pág. 351. En contra, SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 67, considera que estamos ante una «declaración entre vivos, aunque se contenga en testamento. A semejanza del testamento no tiene eficacia inmediata, sino que despliega sus efectos cuando se produce el acontecimiento del que se hace depender, que en el caso de tutela voluntaria, es la sentencia de incapacitación y el sometimiento a tutela».

⁴⁸ La autotutela está llamada a desplegar sus efectos en la vida del sujeto y no a su fallecimiento, como ocurre con el testamento, como bien señala MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Apoderamiento preventivo y autotutela», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 131.

a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»⁴⁹ —designar la persona que se quiere como tutor o excluir la que no se quiere que sea—, que pueden ser una pluralidad de tutores 236.4 del Código Civil, actuando mancomunada o solidariamente (art. 237 del CC) y nombrando sustitutos de estos⁵⁰.

De la redacción del artículo 223 se deduce la posibilidad de que el documento público notarial de autotutela no se designe tutor, por incluir solamente «cualquier disposición relativa a su persona y bienes». También cabe que en otros casos en el susodicho documento solo se incluya la designación de tutor sin referencia a disposiciones sobre la persona y bienes⁵¹.

Aún cuando el artículo 223.II del Código Civil no lo contempla expresamente, debe entenderse implícita la designación —o exclusión— de curador (al igual que una persona tiene la posibilidad de nombrar tutor de sí misma con vistas a su eventual incapacitación, del mismo modo puede nombrar curador de cara a esa precisa situación. Quien puede lo más —designar tutor—, puede lo menos —designar curador—)⁵² y de cualquier otro organismo tutelar previsto legal-

⁴⁹ Estas previsiones son establecer órganos de fiscalización de la tutela, designación de las personas que han de integrar estos órganos y ordenar disposiciones sobre su persona y bienes, en este sentido SEGURA ZURBANO, J. M.^a, «La autoincapacitación, la autotutela y los poderes preventivos de la incapacidad», en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, pág. 61 y sigs.

⁵⁰ SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 99 y 100, escribe que: «La posibilidad de ordenar cualquier disposición puede ser acerca del cuidado de la persona o de la gestión de los bienes. Dentro de esta segunda puede ser que haya disposiciones de carácter general o disposiciones concretas... el Código Civil prevé la posibilidad de separar el cuidado de la persona del de los bienes, encargándose a personas distintas cada una de estas cuestiones. Es lo que se llama tutela real y tutela personal». Más adelante añade: «La disposición preventiva puede contener varias designaciones en previsión de que los designados ejerzan la tutela conjuntamente, señalando a una, para que cuide de su persona y a otra para que lo haga respecto de sus bienes. En esta previsión el juez puede disponer una tutela plural. Si bien, cabe también que se designe a varios para que ejerzan la tutela conjuntamente... La pluralidad de señalados puede serlo, asimismo, en sustitución uno de otro, siendo uno sustituido del primeramente llamado; por ello entraría como tutor el llamado en sustitución del primero para el caso de que el primero llamado no quiera o no pueda desempeñar el cargo».

⁵¹ Hay que tener presente lo afirmado por SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 52: «En verdad nadie puede disponer acerca de su sometimiento a tutela porque esta situación, que está íntimamente relacionada con la capacidad, y por tanto con el estado civil, queda fuera de la autonomía de la voluntad. Es la autoridad judicial la que establece una figura de guarda (tutela u otra) y a quien se defiere aunque en caso de documento de autotutela, el juez que no nombre al designado debe motivar la elección de persona distinta del elegido, teniendo siempre en cuenta el mayor interés del incapaz. En este sentido entra más en la lógica del sistema, el establecimiento de previsiones acerca de la decisión de entablar respecto de sí mismo un procedimiento de incapacitación», que el mismo autor ha llamado a la figura «autoincapacitación».

⁵² El artículo 291 del Código Civil establece que son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores, en este sentido por la

mente —v.gr. tutor de los bienes—, órgano de fiscalización y control —control, acreditar, vigilar colaborando con la autoridad judicial de la tutela⁵³—, personas que hayan de integrarlos, sus funciones, modo de ejercerlas y sustitutos para el supuesto en que las personas designadas para ocupar los susodichos cargos no quieran o no puedan ocuparlos⁵⁴ y ordenar cualquier otra disposición sobre su persona o bienes propios.

Por tanto, el disponente puede establecer órganos de fiscalización (para imponer obligaciones adicionales al tutor de cara a lograr así una efectiva protección del tutelado, v.gr., presentar informes previos en lo que se muestre el parecer de esos órganos, antes de la conclusión de los negocios jurídicos que requieran autorización judicial), así como designar las personas que hayan de integrarlos (a los que, en principio, le serán de aplicación las normas que regulan la capacidad, remoción y excusa de los tutores), sin perjuicio de la función de vigilancia y control que en todo caso corresponde al juez y al Ministerio Fiscal (cfr. arts. 232, 233 y 271 del CC, norma imperativa que no puede verse afectada por la autonomía de la voluntad) como garantía del buen funcionamiento de la institución.

Las facultades de regulación de la tutela alcanzan también a su organización, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales. Así, el disponente puede adoptar medidas concretas de funcionamiento del organismo tutelar: v.gr., la asignación a este de los frutos de los bienes del tutelado a cambio de la prestación de alimentos (art. 275 del CC), y quizá, incluso la exclusión de la fianza (art. 260 del CC). Además, cabe que el disponente designe o excluya a la persona o personas para ser tutores —art. 245 del CC— (autotutela positiva y negativa), ordenar el ejercicio conjunto o solidario en el caso de pluralidad de tutores —art. 237 del CC— y ordenar que se dispensen las causas de inhabilidad para ser tutor contempladas en los artículos 243.4 y 244.4 del

doctrina mayoritaria, vid. a GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 791.

⁵³ Si así se prevé en el apartado primero del artículo 223 para la delación de la tutela de personas distintas del propio otorgante, también se tendrá que prever para el caso de la autotutela, pero sin alterar las competencias judiciales, ya que es al juez a quien le corresponde la supervisión última del ejercicio del cargo tutelar en beneficio del incapacitado, artículos 174.1, 232, 233 y 234 del Código Civil.

⁵⁴ En este sentido, VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, de 24 de febrero de 2004, pág. 3, quien considera más detallado el artículo 172.1.c) del Código de Familia de Cataluña que establece que: «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 a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece 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».

Código Civil (art. 246 del CC)⁵⁵. Sin embargo, no cabe la exclusión voluntaria de la tutela administrativa cuando se produce una situación de desamparo (arts. 222.4 y 239 del CC).

1. Si ponemos en relación el artículo 223.II del Código Civil —el cual en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor— con el artículo 245 del mismo texto legal que dispone que «tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado», hemos de entender que en el artículo 223.II no solo se incluye la autotutela positiva (designación de la persona que ocupe el cargo de tutor) sino también la autotutela negativa —exclusión de determinadas personas del cargo—. Para defender este planteamiento acudimos a las mismas razones que se aducen en la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 para justificar la autotutela: «Si los padres pueden adoptar medidas que consideren oportunas respecto de las personas y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ve obstáculo para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado». Por tanto, si de acuerdo con el artículo 245 del Código Civil, el padre o la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, pueden excluir a ciertas personas como tutores expresamente, salvo que el juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado, no hay motivo para que una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma para el caso de ser incapacitado pueda excluir expresamente a ciertas personas como tutores suyos.

Por consiguiente, en la tutela negativa, la persona que ordena la autotutela tiene la facultad para excluir a quienes crea conveniente de los cargos tutelares, incluso sin designar a persona alguna para ejercer esos cargos, o bien realizar esa exclusión y además indicar la persona concreta que debería ejercer el cargo. No obstante, otra cosa es que el juez, excepcionalmente y en resolución motivada —art. 234, párrafo 2.º, del CC—, nombre tutor a quien ha sido excluido por el autotutelado, si el beneficio del incapacitado así lo exigiera⁵⁶.

⁵⁵ Si el artículo 246 del Código Civil permite a los padres que designen tutor de sus hijos a personas que estén incurso en alguna causa de inhabilidad (únicamente el apartado 4 del art. 243 y el apartado 4 del art. 244 del CC) cuando tales causas fueran conocidas por los mismos, ha de entenderse que esas excepciones son aplicables a la autotutela.

⁵⁶ En contra, CASTILLO TAMARIT, J., «Tutela. Autotutela. Protección de menores», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2001, págs. 42-43, y BADOSA COLL, F., «La autotutela», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, J. M. Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1993, págs. 930-931.

En cuanto a las concretas personas designadas para ocupar el cargo, quien dispone su autotutela, al contar con las mismas facultades que se reconocen a los padres por el artículo 223 del Código Civil, puede excluir las causas de inhabilidad para desempeñar el cargo tutelar previstas en el apartado 3.º del artículo 243 y 4.º del artículo 244 —ambos de nuestro Código Civil—, cuando le fueran conocidas al disponer su autotutela, salvo que el juez disponga otra cosa en beneficio del incapacitado y mediante resolución motivada —art. 246 *in fine*—.

En principio, ha de atenderse la voluntad expresada en la autotutela, salvo que excepcionalmente, el juez, en resolución motivada prescinda de la persona designada por el propio tutelado, conforme a lo establecido en el artículo 234.2 del Código Civil, o lo impida alguna causa legal —inhabilidad, arts. 243 y 244 del CC; excusa del designado, art. 251 del CC, o se modifiquen las circunstancias previstas por la persona designada—.

La voluntad de quien organiza la tutela sobre su propia persona y bienes ha de respetarse en lo posible, pues así lo quiere la Ley al regular la autotutela. Sin embargo, el establecimiento, por ejemplo, de órganos de fiscalización y control por parte del interesado no afecta a las facultades del juez para establecer medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado —arts. 224 y 233 del CC—. Es el control judicial el que velará por el interés sometido a tutela. Por tanto, el juez adoptará las medidas que estime pertinente para la protección de los intereses del incapacitado.

Si se produce un cambio de las circunstancias en el tiempo que media entre lo establecido por el sujeto legitimado para ordenar la autotutela y la eficacia de esta —v.gr., se modifica la confianza depositada en el designado o la capacidad de este—, tal modificación no conduce necesariamente a la ineficiencia de la autotutela, sino a que únicamente desplieguen sus efectos aquellas disposiciones que no se vieron afectadas por la alteración sobrevenida de las circunstancias⁵⁷. Igualmente, si el juez declarase nulas algunas disposiciones en relación con la administración o disposición de sus bienes por ser, por ejemplo contrarias al artículo 271 del Código Civil, no por ello se invalidaría la autotutela, si no que se tendrán por no puestos por nulidad parcial de la autotutela.

En todo caso, será el juez, quien en beneficio del incapacitado, podrá desvincularse de lo dispuesto por el autotutelado —art. 224 del CC—. Esto es, el juez, en la medida de lo posible y hasta donde sea necesario, constituirá la tutela, protegiendo a la persona incapacitada y salvaguardando su voluntad expresada. No obstante, si se produce esa alteración de las circunstancias fácticas que pudieran modificar la previsión realizada por el propio autotutelado y aún

⁵⁷ VAQUER ALOY, A., «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Diario La Ley*, núm. 5961, Sección Doctrina, de 24 de febrero de 2004, pág. 7.

así el juez, conforme al artículo 234 del Código Civil, nombra al designado en su momento por el propio incapacitado, los parientes legitimados para promover la incapacitación y las personas llamadas por Ley a ejercer el cargo de tutor, podrían impugnar tal nombramiento por no ajustarse ya ese nombramiento a la voluntad expresada en su momento en las previsiones de la persona del propio autotutelado —art. 231 y 248 del CC—.

2. En cuanto al número de tutores que puede designar la persona que prevé su futura incapacitación, el artículo 236 contempla diversos supuestos de pluralidad de tutores. Concretamente, en su apartado primero, se permite esa pluralidad de tutores, *«cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que concierna a ambos deberán tomarlas conjuntamente»*. Nadie mejor que quien ejerce la autotutela y conoce bien sus circunstancias personales y patrimoniales para designar ambos cargos.

Por otra parte, el artículo 236 en su apartado cuarto permite la pluralidad de tutores *«cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente»*. No se alcanza a comprender por qué no permitir a la persona que ordena su autotutela gozar de esa libertad de designación de la tutela, de modo que pueda designar una pluralidad de tutores ya sean con las mismas funciones que ejercerán conjuntamente —y en su caso con carácter solidario, art. 237 del CC—, ya sea distribuyendo las funciones correspondientes entre las esferas persona y patrimonial.

3. La persona que ejerce la autotutela, podría indicar, aún cuando no puede fijar la remuneración que haya de percibir el cargo tutelar por el ejercicio de sus funciones, ya que el artículo 274 del Código Civil establece que corresponde al juez fijar su importe. Si cabe, como señala el artículo 275 del Código Civil para los padres, que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del autotutelado a cambio de prestarle alimentos, salvo que el juez en resolución motivada disponga otra cosa.

4. En el supuesto de la existencia de sucesivas designaciones de autotutela, aplicando lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil —que contempla el supuesto de designaciones realizadas por separado en documento público notarial—, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. Si no lo fueran, se adoptarán por el juez, en decisión motivada, las que considere más conveniente para el tutelado.

VII. PUBLICIDAD DE LA AUTOTUTELA

Para la efectividad de la designación de la autotutela es preciso que el juez la conozca (ha de conocer si existe alguna designación por parte del propio incapacitado) en el momento de nombramiento de tutor. Para ello, esa designación ha de contar con la debida publicidad. Para ello se recurre al Registro Civil.

En relación a la publicidad de los documentos públicos a los que se refiere el artículo 223 del Código Civil, se establece en el párrafo tercero de ese mismo precepto que *«se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado»*. A su vez, en el párrafo cuarto de ese mismo artículo, se dispone que a los efectos de comprobar la existencia de las susodichas disposiciones de autotutela, *«en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil..., a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo»*. Ahora bien, hemos de tener presente que según el artículo 46 bis de la Ley de Registro Civil de 1957 —en la redacción dada por la Ley 1/2009—, los documentos públicos notariales de autotutela se inscriben donde se anotan los cargos tutelares —Sección Cuarta del Registro Civil, Tutelas y Representaciones legales— y no en la inscripción de nacimiento del interesado —Sección Primera del Registro Civil, Nacimientos y General— como indica el artículo 223.3 del Código Civil. Por último, señalar que el artículo 77 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, establece que: *«Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y de apoderamiento preventivo previsto en la legislación civil»*.

VIII. CONCLUSIONES

La autotutela es beneficiosa en nuestra sociedad. Es razonable que el propio interesado se preocupe de disponer lo necesario para hacer frente con garantías para su persona y bienes ante una futura incapacitación por razones de edad, enfermedad, alcoholismo, toxicomanías...

La autotutela nos permite designar a nuestro futuro tutor —o curador— o rechazar a quienes no queramos que ejerzan esas funciones, así como establecer los órganos de control y fiscalización de esas personas propuestas para desempeñar esos cargos tutelares, pero todo ello dentro del régimen de tutela de autoridad por el que optó nuestro Ordenamiento Jurídico tras la reforma en él introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y de lo dispuesto en el Código Civil mediante la reforma realizada mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria.

RESUMEN

AUTOTUTELA
CÓDIGO CIVIL
DISCAPACIDAD

La autotutela se introduce en nuestro Código Civil mediante Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad que modificó, entre otros, los artículos 223, 234 y 239 de nuestro Código Civil. Es por ello, que he creído conveniente analizar con cierto detenimiento, entre otros, los siguientes aspectos sobre la figura: las razones que han impedido hasta fechas recientes la autotutela en nuestro Código Civil; el propio concepto de la autotutela; los antecedentes de esta institución; su naturaleza jurídica, su fundamento; la capacidad de obrar suficiente de la persona que ordena la autotutela; la futura incapacitación de la persona que ordena su autotutela; el requisito de forma que precisa la figura, el propio contenido de la delación de la autotutela y la publicidad de la institución. Para finalizar el artículo, se ofrecen unas breves conclusiones.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP PROVISIONS
CIVIL CODE
INCOMPETENCE

The possibility of making one's own guardianship provisions in the event of future incompetence was introduced into the Spanish Civil Code by Act 41/2003 on the protection of the assets of incompetent persons, which amended, inter alia, sections 223, 234 and 239 of the Spanish Civil Code. I therefore feel it advisable to take an unhurried look at certain aspects of guardianship provisions, such as: the reasons why our Civil Code disallowed guardianship provisions until recently; the very concept of making one's own future guardianship provisions; the concept's background; the legal nature and foundations of guardianship provisions; the provision-maker's capacity to take legal action; the provision-maker's future incompetence; the requirements of form; the contents of the guardianship appointment provisions and the necessary publicity. The article ends with a number of brief conclusions.

(Trabajo recibido el 8-11-2012 y aceptado para su publicación el 8-1-2013)