

# La tutela institucional\*

Tomás Merin

Licenciado  
en Derecho  
Director de la  
Fundación Aldaba

## Resumen

La tutela de las personas incapacitadas no siempre puede ser ejercida por sus familiares o allegados, por ello la legislación ha previsto la posibilidad de que las funciones tutelares sean asumidas por instituciones que se ocupan de la protección social de las personas afectadas y de la administración de sus bienes.

El presente artículo pretende informar sobre las condiciones necesarias para que las personas jurídicas puedan asumir responsabilidades tutelares, para ello se comentan las figuras protectoras que pueden ser asumidas, el carácter con que se ejercen tales funciones, quién y cómo se realiza su nombramiento, las condiciones de uso de esta modalidad de acción tutelar, los riesgos que puede comportar, el desarrollo que la figura tiene desde el ámbito privado y desde el ámbito público y los diferentes modelos de gestión que se perciben en el ejercicio de estas funciones en las diferentes comunidades autónomas.

Se cierra el trabajo con una breve presentación del modelo implementado en las Islas Baleares y particularmente en Mallorca, que se caracteriza por su carácter interinstitucional y la colaboración entre los sectores público y privado.

**Palabras clave:** Protección jurídica. Protección social. Incapacidad. Tutela. Curatela. Instituciones tutelares. Fundaciones tutelares.

## Summary

The trusteeship of the disabled people not always can be exerted by its relatives or close friends for that reason the legislation it has anticipated the possibility that the functions tutelary are assumed by institutions that take care of the social protection of the affected people and the administration of their goods.

The present exhibition tries to inform on the necessary conditions so that the legal people can assume responsibilities tutelary, for it comments the protective figures that can be assumed, the character whereupon such functions are exerted, who and how is made its

appointment, the conditions of use of this modality of action tutelary, the risks that can tolerate, the development that the figure has from the private scope and the public scope and the different models from management that are perceived in the exercise of these functions in the different Independent Communities.

The exhibition is closed with a brief presentation of the model implemented in the Balearics Islands and particularly in Majorca, that characterizes by its interinstitutional character and the collaboration between the sectors public and prevailed.

**Key words:** Legal Protection. Social Protection. Incapacity. Trusteeship. Guardianship. Tutelary Institutions. Foundations Tutelary.

## Introducción

Me han asignado, en el reparto de materias entre los miembros de esta mesa, la tutela institucional; tema al que me voy a referir de inmediato pues mis antecesores en el uso de la palabra han explicado ya perfectamente las diferentes vicisitudes del proceso de incapacitación, por lo que sería superfluo volver a ello. Creo que ha quedado ya convenientemente preparado el terreno para abordar las funciones tutelares como expresión concreta, efectiva y práctica de lo que es y debe ser la protección jurídica de las personas.

No obstante, permítanme que me refiera a la incapacitación aportando un par de comentarios sobre su percepción social, ya que estimo que el imaginario colectivo guarda algunos estereotipos al respecto que deben ser aclarados.

El proceso de incapacitación de una persona es el requisito previo para que su protección jurídica y social pueda tener lugar. Sino se declara la incapaci-

\*Ponencia presentada durante las VIII Jornadas AMG "Incapacitación y protección: los deberes de los mayores". 14-16 de noviembre de 2002. Barcelona

Correspondencia:  
Tomás Merin Cañada  
Fundación Aldaba  
Jardín de San Federico 9,  
4º dcha.  
28009 Madrid  
E-mail:  
faldaba@hotmail.com

dad jurídica de una persona, no se pueden articular medidas de protección, puesto que dicha persona goza jurídicamente de plena soberanía y autonomía sobre sí misma y sus pertenencias y no necesita de protección alguna fuera de la que las leyes otorgan con carácter general.

La sentencia declarativa de la incapacidad es requisito indispensable para que la protección jurídica pueda llegar a instituirse, pero la protección real no deviene de la incapacidad en sí, sino del ejercicio de las funciones tutelares que se establecen por el juez a continuación de declarar la situación de incapacidad.

Cuando hablamos de proteger a una persona, hablamos de prestarle ayuda, de facilitarle los medios necesarios para que pueda ser cuidada convenientemente y que sus pertenencias, muchas o pocas, estén al servicio de su bienestar. Eso se consigue a través de las funciones tutelares, no de la incapacidad, pero tales funciones no pueden ser establecidas por el juez si previamente a la persona no se le declara incapaz de obrar.

La incapacidad, aún siendo una institución muy importante, desde la perspectiva de la protección de la persona no es sino el requisito previo de la constatación de que la persona necesita la protección.

La protección jurídica se hace efectiva con el nombramiento de un tutor o curador y el inicio de sus actividades.

También es importante señalar que el juez no incapacita, sino que reconoce y declara que la persona afectada está incapacitada, su decisión, la sentencia de incapacidad, trae causa de una situación de hecho, la enfermedad o deficiencia persistente que impide a la persona gobernarse por sí misma y genera los efectos jurídicos que la legislación contempla para tales situaciones; entre ellos posibilitar que las actuaciones estrictas de protección puedan tener lugar.

No es la decisión judicial la causa de la incapacidad, por ello el temor que socialmente despierta en muchas ocasiones la mera posibilidad de tener que iniciar el procedimiento de incapacidad de una persona, aunque comprensible por sus significados simbólicos y emocionales y sus consecuencias familiares, no debe impedir que las actuaciones se lleven a cabo, pues de no seguirse, podemos estar privando a la persona afectada de unas medidas de protección muy importantes para ella.

No cabe duda de que la incapacidad de una persona es valorada socialmente como la constatación del

deterioro personal, de la evolución destructiva de la enfermedad que sufre y el reconocimiento de que el futuro que le espera es o va a ser aún peor.

La incapacidad de una persona se decía que es su "muerte civil". Incluso se equipara a una especie de muerte social. Realmente no es así. Es cierto que en ocasiones se incapacita a personas mayores que sufren enfermedades degenerativas cuyo pronóstico es necesariamente fatal, pero en estos casos la incapacidad suele llegar cuando las posibilidades de relación y participación social han quedado seriamente limitadas.

En otros supuestos la persona puede ser joven y el sentido rehabilitador de la protección cobra pleno sentido, debiendo darle todo el protagonismo que sea posible en la actuación tutelar correspondiente.

El sentido último de estas medidas desde la perspectiva que nosotros asumimos es siempre la protección de la persona. Ese es el objetivo básico de todas las actuaciones. En consecuencia, valoramos que la incapacidad sólo debe utilizarse en aquellos casos en que su utilización va a mejorar las condiciones de vida de la persona afectada. Pero si esa mejora es posible, por pequeña que sea, siempre debe hacerse. Excepcionalmente también consideramos indicada la incapacidad cuando existiendo algún riesgo sobre los bienes de la persona afectada se muestra como el único o el mejor camino para protegerlos y mantenerlos en todo caso al servicio de su bienestar.

Otras actitudes, orientadas por sentimentalismos, por apariencias sociales, por el qué dirán, o por la carga de trabajo; no son más que incumplimientos de las obligaciones que como familiares y/o profesionales nos imponen la ley y la ética.

Sin más prolegómenos voy a abordar la materia que me corresponde, empezando por indicar el esquema que pretendo desarrollar para hacer esta breve introducción al tema de la tutela institucional:

- Las funciones tutelares: diferenciación de las instituciones protectoras
- La tutela institucional
  - Condiciones para su ejercicio: regulación actual y antecedentes
  - Caracteres
  - Nombramiento: la excusa
  - Titulares posibles
  - Condiciones de aplicación
  - Riesgos de su utilización
  - Desarrollo privado

- Desarrollo público: modelos
  - Modelo público
  - Modelo privado
  - Modelo mixto
- El modelo aplicado en Baleares.

## Las funciones tutelares: diferenciación de las figuras protectoras

La legislación civil aplicable en nuestro país, contempla desde hace bastantes años la posibilidad de que entidades jurídicas puedan asumir funciones tutelares de personas incapacitadas. Funciones tutelares son aquellas facultades que se confieren a una persona por nombramiento judicial, para asumir la protección jurídica de otra persona declarada incapaz para gobernarse por sí misma y ejercerlas en los términos establecidos en la resolución judicial y bajo el control y la supervisión del juez que le designó. Tales funciones suelen ser denominadas tutelares, lo que dado que una de ellas, y la más representativa, es la tutela no deja de ocasionar algunas situaciones de cierta confusión terminológica. Se trata en definitiva de las figuras protectoras previstas legalmente para dar eficacia práctica a la declaración de incapacidad formulada por los jueces y a otras situaciones en que pueden verse algunas personas. Se encuentran determinadas de manera precisa en la legislación civil.

### *Diferenciación de figuras protectoras*

Señala el artículo 215 del Código Civil: la guarda o protección de la persona o bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:

1. La tutela
2. La curatela
3. El defensor judicial

Es difícil trazar fronteras nítidas y precisas entre estas tres figuras, no sólo porque los criterios legales para ello son escasos, además su uso, en la práctica se realiza con una gran confusión pudiendo observar como algunos Magistrados utilizan la curatela como una tutela disminuida. No obstante, se hace preciso ensayar la diferenciación conceptual entre ellas como medio de clarificar su funcionalidad a quienes son extraños a estas materias.

Siguiendo al profesor Carlos Lasarte<sup>1</sup>, podemos decir que el tutor es el representante legal del incapacitado con carácter estable, mientras que el curador limita sus funciones a complementar la capacidad del sometido a curatela sin sustituirlo, ni ser propiamente su representante. En lenguaje no técnico podemos afirmar que el papel de un tutor es semejante al de un padre mientras que el curador es fundamentalmente un administrador (Tabla 1).

El defensor judicial se caracteriza por su ocasionalidad, pues sólo actúa en los casos en que el tutor o curador coyunturalmente no pueden hacerlo, o no existen todavía, como en el proceso de incapacitación promovido por el Fiscal, asimilándose tendencialmente sus funciones a las del curador, más que a las del tutor, desarrollando una misión subordinada, como han dicho los profesores Díez-Picazo y Gullón<sup>2</sup>.

Dentro de las funciones tutelares hay quien incluye la guarda de hecho, no es esa mi opinión, ya que esta modalidad de atención debe ser considerada, por su propia naturaleza, una situación ajena a la legalidad, ya que se produce "de hecho", fruto de la convivencia entre las personas, y fundada en razones de parentesco, afecto, solidaridad, u otras, pero todo caso no jurídicos.

Díez-Picazo y Gullón<sup>3</sup> señalan que se trata de situaciones en las que una persona, sin nombramiento al efecto, se encarga de la guarda, en su más extenso significado, de alguien en quien concurre una causa de incapacitación (o un menor de edad no sometido a patria potestad).

No cabe hablar de guarda de hecho como alternativa a la tutela. No es posible equiparar una situación de puro cuidado material, nacida de una situación concreta, puntual, con una medida de protección jurídica originada en un mandato legal y formalmente constituida.

Tampoco la legislación común asemeja las figuras dándoles un tratamiento diferenciado, pues el Código Civil separa la guarda de hecho de las funciones tutelares, lo que no sucede con igual claridad en el código de familia catalán que regula todas las figuras en un mismo título llamado "La tutela y las otras instituciones tutelares".

La importancia de la guarda de hecho radica en su frecuente existencia, resulta encomiable como expresión de solidaridad y pese a que recomiendo la normalización jurídica de estas situaciones y en todo caso su control jurisdiccional, no debe despreciarse, como certeramente ha señalado Martínez Maroto<sup>4</sup>, lo que puede aportar en la simplificación y agilización de algunas actuaciones jurídico-administrativas.

Tabla 1.  
Funciones tutelares:  
diferencias

Institución	Carácter	Funcionalidad
Tutor	Estable	Representante legal del tutelado
Curador	Estable	Complementa la capacidad del protegido
Defensor Judicial	Ocasional	Sustituye puntualmente a Tutor o Curador

## La tutela institucional

### **Condiciones para su ejercicio: regulación actual y antecedentes**

El Código Civil, desde la reforma de esta materia en 1983, admite en su artículo 242 que la tutela pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no aliente ánimo de lucro y entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados.

La inclusión de esta posibilidad en la ley de 1983 provocó en su momento un vivo debate, pues si bien era admitida con carácter general por todas las partes, salvo contadas excepciones, se formularon diferentes e importantes matices respecto a su regulación.

Pasado el tiempo se ha destacado<sup>5</sup>, desde una visión práctica de la cuestión, el importante papel que está jugando para aquellos incapacitados que carecen de parientes o los que tiene no pueden o no son idóneos para ejercer el cargo.

#### *Regulación actual*

Pueden ser personas jurídicas públicas o privadas, pero deben estar constituidas al tiempo de su nombramiento para asumir la función tutelar, sea por designación previa por los padres del incapaz, o directamente realizado por el Juez.

No deben tener ánimo de lucro, por lo que quedan necesariamente excluidas las entidades mercantiles.

Finalmente entre sus fines específicos debe figurar la protección de menores e incapacitados, discutiéndose si este requisito debe ser exigido de una manera estricta o cabe la determinación genérica de fines benéfico asistenciales. También se polemiza sobre la necesidad de incluir la doble cita (menores e incapaces).

La doctrina mayoritaria parece imponer el criterio de que basta una de las menciones pero dejando claro que en ese caso no se pueden ejercer funcio-

nes tutelares referidas al otro colectivo de población.

Respecto a la determinación de los fines, personalmente soy partidario de aplicar criterios rigurosos, que delimiten de una manera precisa quienes pueden dedicarse a esta actividad que, si bien debe promocionarse, ha de serlo con la cautela y las garantías precisas para no generar nuevas fuentes de explotación de personas muy vulnerables por las condiciones que en ellas concurren.

#### *Antecedentes*

Los antecedentes de esta tutela ejercida por personas jurídicas hay que buscarlos en la figura de tutela institucional efectuada por los directores ó representantes de instituciones benéficas de acogida de expósitos o huérfanos, que se recogía en la redacción original del Código Civil de 1889. Lo peculiar de aquel caso es que pese a su carácter institucional, el peso del ejercicio de las funciones y la asunción de responsabilidades se realizaba de manera personal por quien ostentaba la dirección del centro. La figura tampoco se vinculaba de manera directa al ejercicio pleno de la tutela. De hecho, la doctrina jurídica consideraba que se trataba de "tuteladas impropias" limitadas al cuidado de la persona, asimilándose más con figuras de guarda que con funciones tutelares en sentido estricto. Por último eran modalidades de protección previstas en principio para niños y niñas y que sólo por analogía se aplicaban a otros acogidos en centros de beneficencia.

La modificación del Código por la ley de 24 de octubre de 1983 en materia de tutela, introdujo la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran asumir funciones tutelares respecto de personas incapacitadas. Sin embargo, mantuvo en el artículo 239 la posibilidad de que a los directores de establecimientos públicos se les atribuya la tutela de los menores acogidos en ellos. Pervivía de esta manera una práctica ambigua y paradójica como abrir la acción tutelar a las entidades jurídicas y mantener en caso de entidades públicas una tutela personal por razón del cargo. Esta situación fue definitivamente salvada por la nueva reforma del Código de 11 de noviembre de 1987 que responsabilizó de la tutela de los menores en situación de desamparo a las entidades públicas responsables en el territorio respectivo de la protección de menores y derogó el infausto artículo 239.

#### *Caracteres*

El Código Civil señala de manera taxativa en su artículo 234 que para el nombramiento del tutor se preferirá 1º al cónyuge que conviva con el tutelado,

2º a los padres, 3º a la persona o personas designadas por estos en disposiciones de última voluntad y 4º al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. El artículo 235 indica que en defecto de las personas señaladas en el artículo citado el Juez designará tutor a quien por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo.

Queda suficientemente claro que la ley hace un llamamiento a los miembros de la familia del afectado para que se hagan cargo de su protección y cuidado. Incluso si los familiares faltan, la ley ha previsto la posibilidad de designar judicialmente a cualquier otra persona que por sus relaciones con el tutelado pueda hacerlo en beneficio de éste a juicio del Juez correspondiente.

Igual criterio sigue el Código de Familia catalán en su artículo 179, si bien admite, mejorando con ello la redacción del Código Civil, la asunción de cargos tutelares por la pareja de hecho aunque con la limitación expresa de que sea de sexo diferente. Hecho este último sorprendente, ya que un mes antes de la promulgación de este Código, el 30 de junio de 1988, el Parlamento catalán había aprobado la Ley de parejas de hecho cuyo artículo 25, referido a las parejas homosexuales, dice: "En caso de que uno de los miembros de la pareja estable sea declarado incapaz, el conviviente ocupará el orden de preferencia de la delación dativa".

Tales consideraciones dejan claro que la tutela ejercida por una persona jurídica es una situación que el legislador previó con un carácter subsidiario. Solo cuando no existen familiares ni allegados que puedan asumir las funciones protectoras parece prudente que se recurra a la tutela institucional.

La utilidad de esta posibilidad es, a juicio de Muñiz Espada<sup>6</sup>, cubrir el vacío en que se encuentran las personas incapacitadas en el caso de que no tengan parientes o allegados o, existiendo éstos, sean idóneos para el ejercicio de la función tutelar. Se da con esta fórmula respuesta adecuada a la inquietud sentida por los padres de discapacitados que temían por el futuro de sus hijos cuando ellos fallecieran y que fueron los principales impulsores de la incorporación legislativa de esta posibilidad.

El segundo rasgo caracterizador de las funciones tutelares es su obligatoriedad. El Código Civil en su artículo 216 las considera un "deber". De igual modo lo caracteriza el Código de Familia catalán en su artículo 168.3. Desde la doctrina se ha señalado que se trata de un deber jurídico fundamentalmente familiar por lo que se insta a relajar la obligatoriedad

en el caso de que los llamados a ejercer la tutela no sean parientes de la persona a proteger.

El fundamento de esta obligación radica en el interés público que está inmerso en la institución que no afecta sólo a las personas personalmente concernidas sino que tiene una trascendencia social evidente en el marco del Estado Social de Derecho establecido en nuestra Constitución.

La posición de las personas jurídicas es algo diferente, desde la perspectiva de las entidades privadas el carácter voluntario es evidente, no sólo en cuanto al cumplimiento de la función sino incluso respecto de los beneficiarios de sus actuaciones. Diferente es el caso de las administraciones públicas que asumen estos cargos tutelares en función de sus responsabilidades de gestores del sistema público de servicios sociales y garantes últimos del cuidado de las personas en situaciones de vulnerabilidad.

En ningún caso la obligatoriedad de esta función es absoluta y la legislación establece la posibilidad de excusarse en razón de determinadas causas específicamente previstas como luego veremos.

### ***Nombramiento: la excusa***

Las formas en que puede producirse la designación de quien debe asumir funciones tutelares son tres, modalidad de tutela legítima o legal, es decir basado en lo dispuesto en la norma, modalidad testamentaria (por designación del padre y de la madre) y modalidad dativa (designación por la autoridad pública competente). En nuestro ordenamiento, aunque el nombramiento formal debe ser hecho en casi todos los casos por el juez, se sigue admitiendo esta distinción.

El criterio de tutela legítima se aplica cuando el juez aplica en sentido estricto el orden de prelación establecido en el Código para llamar a los parientes al ejercicio de la tutela. Igualmente se aplica este criterio en los casos de menores en situación de desamparo asumiéndose su tutela por ministerio de ley por la administración pública competente, de conformidad con los artículos 239 y 172 del Código Civil y artículo 171 del Código de Familia catalán.

Con relación a la modalidad testamentaria, el Código Civil mantiene la posibilidad de designación de tutor de los hijos por sus padres en disposiciones notariales o testamentarias, así como la de establecer órganos de fiscalización de la tutela, designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cual-

quier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Para poder realizar esta designación los padres no tienen que estar casados, pero no deben haber sido privados de la patria potestad. La facultad se ostenta con referencia a todos los hijos, sin distinción alguna entre ellos, pero el nombramiento debe ser hecho por ambos padres o en caso de diferenciarse, el efectuado por el padre respecto del hecho por la madre, deben ser compatibles para aplicarse conjuntamente. De no ser así el Juez adoptará las decisiones que estime más convenientes a los intereses del tutelado.

La modalidad de tutela dativa queda contemplada en las facultades de que el Juez dispone tanto para, en interés del tutelado, alterar el orden legal de llamamiento a familiares para el ejercicio de las funciones tutelares, como en la posibilidad de decidir por sí mismo quien debe ejercerlas en caso de no existir o no ser conveniente los familiares previstos en el Código.

La reforma de la tutela llevada a cabo en el derecho civil catalán ha introducido, procedente del derecho comparado, la figura denominada "autotutela".

Se trata, pese a que el nombre pueda sugerir otro contenido, del reconocimiento a la persona de la facultad de designar a quien o quienes, en caso de necesidad, se desea que asuman sobre uno mismo funciones tutelares, así como determinar sustitutos o excluir a aquellas personas que en ningún caso se quiere que las ejerzan.

Regulada esta figura por primera vez en la Ley 11/1996, de 29 de julio, que modificaba la Ley 39/1991, de 30 de diciembre de la Tutela e Instituciones Tutelares, ha recibido su vigente redacción en el artículo 172 del Código de Familia. Lamentablemente aún no ha tenido acogida en el Código Civil.

Por cualquiera de esas modalidades las personas jurídicas pueden ser designadas para asumir cargos tutelares.

Queda pendiente de resolver la aplicabilidad de la tutela por ministerio de ley prevista para los menores de edad en situación de desamparo a las personas incapacitadas que se encuentren en situaciones de necesidad graves. De momento no está previsto y la mera posibilidad de aplicar la figura por analogía ha sido rechazada de plano por la Fiscalía General<sup>7</sup>.

### *Excusa*

Una vez llamadas a dicho ejercicio las personas, físicas o jurídicas, se encuentran obligadas a acep-

tarlos salvo que puedan alegar algunas de las excusas previstas por la ley.

Para los casos de personas físicas son varias las posibilidades en razón a la edad, enfermedades, ocupaciones, etc. Sin embargo las personas jurídicas a las que se vaya a designar tutoras solo podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela según dispone el artículo 251 del Código Civil.

Es posición general en la doctrina no admitir tampoco esta excusa a las personas jurídicas públicas aunque la posibilidad ha sido aceptada para supuestos excepcionales por la Fiscalía General del Estado<sup>8</sup>.

Hay pareceres encontrados sobre la necesidad de admitir otros motivos de excusa, como la especialización de la entidad sobre un determinado colectivo de población, por ejemplo disminuidos psíquicos, no estando capacitados para afrontar el ejercicio del cargo en casos de otras personas con circunstancias y exigencias de atención diferentes.

Igualmente se critica por la doctrina<sup>9</sup> la prohibición que establece el artículo 254 del Código de alegar excusa por causa sobrevenida por parte de las personas jurídicas, si bien lo que parece que se debe interpretar de dicho artículo no es tal prohibición sino la excepción al principio de contar con otra persona sustituta como elemento previo a la consideración de la excusa. La Fiscalía General ha expresado su opinión de que dicho artículo responde a una falta de acomodación de textos anteriores y que su auténtico sentido era excepcionar a las personas jurídicas del plazo mínimo de desempeño de la tutela que, a semejanza de otros ordenamientos, se fijaba para que las personas físicas pudieran excusarse del cargo<sup>10</sup>.

### **Titulares posibles**

De entre las diferentes modalidades personas jurídicas debemos discriminar las que cumpliendo los requisitos legales pueden asumir las funciones tutelares.

En principio solo quedan excluidas con carácter general todas las que tengan ánimo de lucro, es decir aquellas de naturaleza mercantil o que tengan una finalidad lucrativa: sociedades, cooperativas, etc.

De manera específica podemos considerar que las entidades que pueden asumir funciones tutelares se encuentran en uno de estos grupos:

- a. Personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y con fines de protección de menores y/o incapaces.

- b. Públicas con fines de protección de menores y/o incapaces.
- c. Personas jurídicas reguladas por el derecho canónico y a las que se reconocen efectos civiles por el Estado, en virtud del Concordato y los Acuerdos con la Iglesia Católica, con fines de protección de menores y/o incapaces.

En el primer grupo nos encontramos con dos figuras asociaciones y fundaciones. Son las dos formas de entes jurídicos más utilizadas por los particulares para el desarrollo de actividades sociales y benéficas. Ambas pueden ser declaradas sin ánimo de lucro y sus actividades de interés social, por lo que establecida entre sus fines la protección de menores y/o incapacitados no habría inconveniente legal alguno para que ejercieran funciones tutelares.

No obstante por su propia naturaleza jurídica hay una preferencia social y jurídica por las fundaciones. Las asociaciones son un instrumento ágil y efectivo pero de pocas garantías. No hay apenas controles sobre su funcionamiento y su nacimiento y extinción son muy simples. Las fundaciones por el contrario tienen un funcionamiento más reglado, existe un protectorado público que las supervisa y fiscaliza. Ello entre otras razones hace que se perciba la acción de las fundaciones como más segura y garantizadora del buen fin de la acción tutelar y claramente se prefiera por la doctrina<sup>11</sup>.

Con relación a las administraciones públicas a las que se refiere el segundo grupo hemos de decir que algunas voces desde la doctrina han negado que el artículo 242 estuviese pensado para personas jurídico-públicas. Hoy nadie discute ya esta cuestión pues el importante papel que se está jugando desde diferentes administraciones a derivado en bizantina la cuestión.

La personalidad jurídica y la falta de ánimo de lucro de las administraciones públicas están fuera de discusión.

Pese a ello no cualquier órgano administrativo puede pretender erigirse en tutor o curador, la fundamentación de la intervención pública en esta materia deriva de la responsabilidad de ejercer competencias en materia de protección de las personas en situaciones de necesidad (menores o incapaces). Por ello los departamentos que han desarrollado servicios en este campo han sido los que gestionan los diferentes sistemas de servicios sociales y que tienen encomendadas, en función de su legislación sectorial específica, funciones de asistencia a la población en aplicación de las previsiones del artículo 9 y concordantes de la Constitución.

Algunas administraciones han puesto en marcha estructuras administrativas y entes jurídico-públicos especializados para el desarrollo de funciones tutelares, su capacidad para la asunción de funciones tutelares en este caso queda fuera de duda. Es el caso del Instituto Almeriense de Tutela, de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, de las Comisiones de Tutela de diferentes Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Extremadura, Canarias, Valencia) de la Fundación Tutelar Gallega, etc.

### **Condiciones de aplicación**

La tutela institucional por su marcado carácter subsidiario exige el cumplimiento de algunos requisitos previos para su utilización.

Además de la previa incapacitación de la persona, en caso de tratarse de mayores de edad, es preciso que ésta se encuentre en una situación de soledad o ausencia de parientes y allegados que puedan asumir su protección de manera efectiva e idónea.

Las funciones tutelares y particularmente la tutela, en tanto encierra una responsabilidad inmediata de cuidado personal, afecta directamente al círculo de las relaciones personales más íntimas que habitualmente se resuelven en el ámbito familiar. Por ello el legislador aunque sustituyera el modelo de tutela familiar por el de tutela de autoridad, no ha abandonado una concepción cuasifamiliar del ejercicio de las funciones tutelares. Buena muestra de ello son las personas llamadas en primer lugar a hacerse cargo de estas responsabilidades. Por ello es necesario que la utilización de otras fórmulas, como la tutela institucional, no devenga en un mero recurso de profesionalización de las relaciones familiares, de liberación asistencial de la familia de la atención a sus miembros más vulnerables.

Situación diferente es la falta de idoneidad de los familiares o su ausencia, hechos para los que el legislador ha previsto precisamente estas fórmulas alternativas.

### **Riesgos de su utilización**

El desarrollo de actividades tutelares por personas jurídicas ha sido alabado desde muy diferentes sectores sociales por venir a llenar una laguna que de otra manera sería muy difícilmente subsanable.

Pero también despierta algunas críticas, fundamentalmente al confrontar el marcado carácter profesional que en la mayor parte de las ocasiones el ejercicio de estas funciones tutelares adopta al deseable carácter

familiar y a los componentes emocionales y afectivos que el desarrollo de un papel referencial tan importante y próximo a la persona protegida comporta.

Una de las críticas más extendida es el peligro de burocratización de la función, de alejamiento entre la persona protegida y "su protector", la posible falta de personalización.

Otra posibilidad es la mercantilización, priorizar los aspectos de administración sobre los de cuidado personal.

En otras ocasiones se denuncia la dificultad de afrontar aspectos afectivos, de contacto personal.

Todas estas críticas, y otras más sin duda, pueden ser ciertas, al menos el riesgo de que tales hechos se produzcan existe. Pero también deben relativizarse en principio, pues en principio la propia buena práctica de estas entidades debe hacerles tomar medidas que limiten y compensen esos riesgos. Además existen figuras intermedias que pueden ayudar a evitar la despersonalización, los llamados delegados tutelares o tutores honorarios que asumen la función más afectiva, y de contacto personal con el protegido. Por último los controles jurisdiccionales, del ministerio fiscal y otros de tipo administrativo o incluso internos de la propia entidad que verifican que no se produzcan desviaciones respecto al programa de trabajo inicialmente previsto.

### **Desarrollo privado**

El desarrollo de la tutela institucional inaugurado a raíz de la modificación del Código de 1983 tuvo un carácter fundamentalmente privado. Fueron las asociaciones de padres y familiares de discapacitados los que primero se movilizaron. En actitud consecuente con las energías desplegadas para conseguir la reforma legal en cuanto esta estuvo en el BOE iniciaron gestiones para constituir fundaciones tutelares. Una de las primeras fue la Fundación Atzegi de Guipúzcoa, pronto se fueron extendiendo las iniciativas por otros lugares, particularmente Cataluña (Fundación Tutelar Aspanias) y Madrid (Futumad).

Se evidenciaron dos conclusiones, una que el modelo era viable, dos que abocaba aparentemente hacia un desarrollo sectorial. El sector más organizado era el primero en iniciar el camino, lo esperable es que otros vinieran detrás. Sin embargo eso no sucedió, al menos no sucedió inmediatamente.

Son escasas las fundaciones tutelares dirigidas a otros sectores de población promovidas desde sectores privados. El mundo de las personas mayores, que

dado su crecimiento demográfico parecía iba a tener una gran necesidad de servicios, todavía prácticamente no se ha movilizad. Los familiares de enfermos mentales crónicos han iniciado la constitución de fundaciones tutelares hace pocos años.

El panorama actual es el de un grupo importante de fundaciones tutelares dirigidas a dar protección a discapacitados, un germen de grupo orientado a los enfermos mentales y alguna fundación tutelar aislada dirigida al mundo de los mayores.

La muestra más importante es la representada por el sector de la discapacidad el cual no solo a generado un número importante de experiencias, sino que, siguiendo su modelo asociativo, ha creado un órgano de consolidación y refuerzo a través de la Asociación de Fundaciones Tutelares. Nacida en 1995, reúne en la actualidad 19 Fundaciones que a su vez tutelaban a finales del año 2001 a 619 personas en diferentes Comunidades Autónomas.

### **Desarrollo público: modelos**

El desarrollo público de la acción tutelar institucional ha estado trufado por dos experiencias paralelas, el antecedente histórico de asunción de tutelas por directores de establecimientos asistenciales públicos, que desde que la reforma se produce en 1983 empiezan a presionar para que se busquen recursos alternativos por la sobrecarga de trabajo y la disfunción que el ejercicio de estas responsabilidades les plantea.

Y a partir de 1988 se inicia el ejercicio de funciones tutelares institucionales en casos de menores en situación de desamparo, con la importancia como antecedente y como evidencia de la posibilidad material de desarrollar esta actividad.

Algunos casos aislados, comienzan a ser asumidos con un marcado carácter institucional, especialmente en algunas Diputaciones Provinciales que se dejan llevar por su antigua tradición de beneficencia y en tanto que responsables de centros geriátricos y hospitales psiquiátricos se ven abocados a asumir algunos casos en los que a partir de 1988 ya no puede responsabilizarse personalmente el director por lo que se buscan figuras ambiguas como el tutor es el presidente pero la ejerce la asistente social del centro.

Es a partir de 1990 cuando empiezan a verse las primeras muestras efectivas de querer dar una respuesta acorde con las previsiones legales, y aparecen las primeras muestras de unidades administrativas especializadas, en mayo se crea el Instituto Almeriense de Tutela y en octubre la Comisión de Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid.

Ambas experiencias rompen el modelo sectorial, no se dirigen a un solo sector de población sino que lo determinante de su actuación es la situación de necesidad por la carencia de familia o allegados que se hagan cargo de cuidar del afectado.

Poco a poco el modelo de Madrid se va extendiendo por otras comunidades y se van creando otras Comisiones de Tutela a veces referidas a un solo colectivo de población como en Canarias, para mayores, o en otras polivalente como en Castilla-La Mancha siguiendo el modelo original.

La Comunidad de Madrid tras una breve experiencia crea un modelo diferente pues la dependencia administrativa de la Comisión no permite que desarrolle de manera adecuada a las necesidades de los tutelados sus funciones, especialmente las de tipo económico. Por Ley de la Asamblea de Madrid se crea en 1995 la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos como ente público pero con capacidad de actuar en régimen de derecho privado pudiendo de esta manera pese a disponer de personalidad jurídica pública asumir con plena eficacia las tareas de administración de los bienes de los tutelados.

En la actualidad hay una gran diversidad de organismos, y de muy variadas dependencias, municipales, provinciales, de comunidades autónomas; existen órganos administrativos, organismos autónomos, entes públicos con capacidad de actuación en régimen de derecho privado, fundaciones públicas,....

Esa pluralidad de modos de gestión de esta competencia puede sistematizarse en tres modelos básicos:

#### *Modelo público*

Se encuadran en este apartado las actuaciones seguidas por las comunidades autónomas que han creado un organismo específico para la gestión de esta actividad y lo gestionan directamente con personal al servicio de la propia administración. Consideramos que siguen este modelo La diputación de Almería que creó el Instituto Almeriense de Tutelas como órgano administrativo especializado, la Comunidad de Madrid que ha creado la Agencia madrileña de Tutela de Adultos como ente público, la Fundación Tutelar Gallega, la Comisión de Tutela de Extremadura, el Instituto Tutelar de Vizcaya o la Fundación Tutelar de Navarra.

#### *Modelo privado*

Consideramos como propia de un modelo privado las actuaciones de las Comunidades de Andalucía y Cataluña que se limitan a proporcionar ayudas económicas y en algún caso técnicas pero no han creado

organismo alguno ni dedican recursos públicos a esta actividad de manera específica y centran su actividad en apoyar y potenciar las fundaciones privadas, si bien en el caso de Andalucía además de las privadas existen algunas iniciativas públicas realizadas por otras administraciones como la ya citada de la Diputación de Almería o la del Ayuntamiento de Granada que también ha creado una Fundación Tutelar.

#### *Modelo mixto*

Finalmente en este apartado se trata de agrupar aquellas experiencias de tipo intermedio que articulan una colaboración privada en la gestión del recurso especializado público, es el caso de la Comunidad de Castilla-La Mancha que aunque dispone de un órgano específico en la Comisión de Tutela, ha creado un sistema de colaboración con diversas fundaciones tutelares privadas siendo estas las que asumen en realidad las funciones tutelares ya que la Comisión realiza un papel de comunicación con la Administración de Justicia y de coordinación de las Fundaciones que participan en el proyecto público. Otro modelo es el de Baleares en el que se constituye un programa de atención tutelar entre las diferentes administraciones gestoras de servicios sociales como parte integrante del Sistema público y encomiendan su gestión a una Fundación Tutelar.

### **El modelo aplicado en Baleares**

En las Islas Baleares la gestación de una actuación pública en materia de tutela de personas incapacitadas fue lenta y laboriosa, se realizaron diferentes actuaciones y por distintas administraciones. La Fiscalía promovió el nombramiento como tutor del Alcalde de Palma de Mallorca en varios casos, con la oposición del Ayuntamiento, quien perdió el correspondiente recurso. Se procuró que las entidades representativas de los sectores de población afectadas participaran en una actuación conjunta, no dando resultado. Tampoco las diversas administraciones concernidas pudieron llegar a un acuerdo. Desde la oposición se presentaron diferentes mociones parlamentarias urgiendo soluciones. Finalmente, se adoptó el acuerdo de constituir un programa que definiera las actuaciones técnicas a desarrollar y cuyo coste se repartiría entre el Gobierno autonómico, los Consejos Insulares y con la participación de los municipios, la cual se ha expresado con diferentes grados de intensidad en las diferentes islas.

El programa se denominó Programa Interinstitucional de Acción Tutelar de Adultos en Mallorca.

Figura 1.  
Estructuración  
institucional  
del Programa  
Interinstitucional  
de Acción Tutelar de  
Adultos en Mallorca

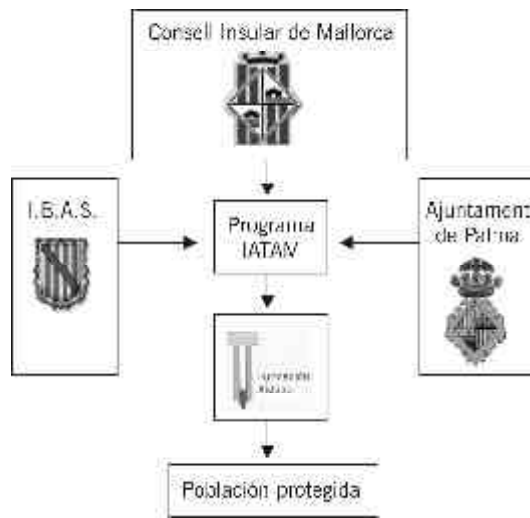


Tabla 2.  
Resultados Programa  
IATAM

	2001	2002	Acumulado
Expediente iniciados	61	53	114
Expedientes cerrados	6	10	16
Expedientes abiertos	55	88	88
Defensas asumidas	31	23	54
Defensas finalizadas	13	20	33
Defensas en ejercicio	18	21	21
Administraciones asumidas	9	6	15
Administraciones finalizadas	3	6	9
Administraciones en ejercicio	6	6	6
Tutelas asumidas	25	20	45
Tutelas finalizadas	1	3	4
Tutelas en ejercicio	24	41	41
Curatelas asumidas	7	16	23
Curatelas finalizadas	0	1	1
Curatelas en ejercicio	7	22	22

El acuerdo interinstitucional firmado por el Gobierno autonómico, el Consejo Insular y el Ayuntamiento de Palma delegaba en éste la función de concertar con una fundación tutelar la gestión práctica del programa. Así se hizo estableciéndose el correspondiente convenio de colaboración con la Fundación Aldaba que gestiona el programa.

El Programa de Mallorca fue el primero en ponerse en marcha y es lógicamente el que acoge a más personas. Aunque los acuerdos institucionales se firmaron en noviembre de 2000, estuvo operativo a partir de febrero de 2001.

El objetivo genérico del programa es colaborar con la Administración de Justicia en la protección de los

derechos y el bienestar personal y social de las personas adultas susceptibles de incapacitación judicial mediante la creación de un dispositivo asistencial de carácter jurídico y social para el ejercicio de funciones tutelares por designación judicial, en los casos en que no existan familiares u otras personas y/o instituciones más idóneas para desempeñar esos cargos.

Los objetivos específicos son:

- Asumir las funciones de tutor o de curador cuando lo acuerde la autoridad judicial competente.
- Asumir la defensa judicial de los presuntos incapaces cuando lo determine la autoridad judicial.
- Asumir cuantas medidas provisionales le sean asignadas por los jueces en beneficio de los presuntos incapaces.
- Facilitar referencias técnicas y dar orientación jurídica a los profesionales de los servicios sociales y de atención sanitaria.

Promover el conocimiento y la formación jurídica y social de los profesionales relacionados con presuntos incapaces.

Su estructuración institucional se refleja en la Figura 1.

Uno de los valores más claros de este programa, como de todos los demás programas tutelares, es la efectiva mejora de las condiciones de vida de las personas protegidas. Su verdadera aportación es el trabajo social y de apoyo jurídico que permite un alto grado de normalización de sus vidas cotidianas, especialmente en el caso de los enfermos mentales que en Mallorca supone casi el 70% de las personas atendidas.

La Tabla 2 incluye los resultados que arrojó el programa a finales de octubre de 2002.

El equipo profesional está formado por una coordinadora, diplomada en trabajo social, dos trabajadoras sociales, una licenciada en derecho, una administrativa, una auxiliar administrativa y un conserje.

La originalidad del programa frente a otros semejantes de otras comunidades autónomas radica en dos elementos, su carácter interinstitucional y la colaboración público-privada en el modelo de gestión. Probablemente es un modelo más económico que otros y es muy versátil.

## Agradecimientos

Quiero agradecer a mis compañeras y compañeros de la AMG la invitación para participar en las VIII

jornadas. Agradecimiento que debo expresar por partida doble, una por el interés que para mi tiene la temática de la reunión, a la que vengo dedicando gran parte de mi vida profesional desde hace ya bastantes años, y por otro lado también quiero agradecer la oportunidad que me dieron de visitar una vez más la ciudad en la que durante varios años tuve mi residencia y en la que cada vez que vengo me encuentro como en casa.

## Bibliografía

1. Lasarte Álvarez, C. *Principios de Derecho Civil*. Tomo Primero. Madrid: Editorial Trivium, 1996;252.
2. Díez-Picazo L, Gullón A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, 1994;258.
3. Díez-Picazo L, Gullón A. Obra citada Pág. 284.
4. Martínez Maroto, A. Aspectos legales básicos relacionados con la persona y los bienes del residente, en Residencias para personas Mayores. Manual de Orientación. Barcelona: SG Editores, 1995;396.
5. Heredia Puente M, Fábrega Ruiz C. Obra citada Pág.55.
6. Muñiz Espada E. Las personas jurídico-privadas tutoras. Barcelona: Bosch Editor, 1991;59.
7. Contestación de la Fiscalía General del Estado a la Consulta 2/1998 sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas.
8. Contestación de la Fiscalía General del Estado a la Consulta 2/1998 sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas.
9. Sancho Rebullida F. La Tutela e Instituciones afines. Madrid: Editorial Civitas, 1985 Obra citada:38.
10. Contestación de la Fiscalía General del Estado a la Consulta 2/1998 sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas.
11. Bosch Carrera A. La protección de la persona incapaz, en Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1999;140.