

# El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español

*Boosting guardianship as an appropriate means to align article 12 of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities with the spanish legal system*

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA  
Doctorando en Derecho. Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** Todo hace indicar que el cercano proyecto de ley de reforma legislativa para adaptar el artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico, en cuanto al ejercicio de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, tendrá como eje central, contra la voluntad de gran parte de la sociedad, a la institución de la curatela. Particularmente entendemos que la curatela es la figura idónea para adaptar el referido artículo de la Convención a nuestro Ordenamiento por varios motivos, como la gran similitud de la curatela con el administrador de apoyo italiano

(que es la figura que fijan como modelo a seguir para adaptar la Convención los sectores contrarios al actual sistema de incapacitación); o porque la propia Convención reconoce la figura de la tutela en diversos Estados Parte sin obligarles a eliminarla; o por el hecho de que la curatela se pueda aplicar tanto en el ámbito personal como en el patrimonial de la persona que pueda necesitarla; o por último, la reciente jurisprudencia al respecto de nuestro Tribunal Supremo.

*ABSTRACT: Everything indicates that the upcoming legislative reform bill to align article 12 of the Convention with our legal system, regarding the exercise of legal personality of persons with disabilities on an equal footing with others, will focus on instituting guardianship — against the will of a large portion of the society. For several reasons, we believe that guardianship is especially the appropriate legal concept for carrying on the alignment of the above mentioned article of the convention with our legal system: because of the great similarity of conservatorship with the support trustee in the italian legal system (the legal concept which has been set as a model for adapting the convention to the sectors disagreeing with the current system of disability); because the Convention recognize the institution of guardianship in many states party without compelling them to eliminate it; because guardianship may apply both in the personal scope and in matters relating to property rights of the person who may require it; finally, because of the recent case law regarding our Supreme Court.*

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad. Naciones Unidas. Procedimientos en materia de capacidad de las personas. Medidas de apoyo y asistencia. Curatela.

**KEY WORDS:** Disability. United Nations. Incapacitation procedures. Measures of support and assistance. Guardianship.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—III. SEGURIDAD JURÍDICA QUE OFRECE NUESTRO ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. RAZONES POR LAS QUE INCLINARNOS POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 A NUESTRO ORDENAMIENTO: 1. GRAN SIMILITUD ENTRE LA FIGURA DE LA CURATELA Y LA DEL ADMINISTRADOR DE APOYO ITALIANO. 2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA CURATELA TANTO EN EL ÁMBITO PERSONAL COMO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN. 3. RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA FIGURA DE LA TUTELA POR LA CONVENCIÓN EN SU ARTÍCULO 23.2. 4. SENTENCIA

DEL TRIBUNAL SUPREMO 228/2009, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL. 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 421/2013, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL.—V. ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

El momento más importante en el Ordenamiento jurídico español en cuanto a derechos de personas con discapacidad se refiere, es la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), y de su Protocolo Facultativo, Convención que fue aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007<sup>1</sup>, entrando definitivamente en vigor el 3 de mayo de 2008.

La importancia de la Convención se refleja en los principios que la constituyen, como son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas.

Su ratificación supuso para nuestro Estado el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, adoptando todas las medidas legislativas, administrativas, y de otra índole que fuesen pertinentes para ello. Y es que desde su entrada en vigor, la Convención forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2<sup>2</sup> y 96.1<sup>3</sup> de la Constitución Española, así como de lo recogido en el artículo 1.5<sup>4</sup> de nuestro Código Civil, por lo que dicha incorporación formal a nuestro Ordenamiento ha de tener un importante impacto en las diferentes ramas de nuestro sistema jurídico, obligando a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que en la misma se recogen.

Prueba de ello fue la aprobación del *Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*, con el que se intenta cumplir, por parte del Estado español, con lo recogido en el artículo 29 de la Convención<sup>5</sup>; o la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, mediante la cual se modifican una serie de Leyes<sup>6</sup> con la misma intención. Precisamente, en su Disposición

Final segunda, la Ley 26/2011 recogía un mandato que obligaba al Gobierno a refundir ciertas leyes sobre discapacidad<sup>7</sup>, lo cual se llevó a cabo con la publicación del reciente *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.

Si bien es cierto que hay que reconocer el esfuerzo legislativo que está haciendo el Gobierno español para adaptar la Convención en los últimos años mediante la aprobación de diversas leyes al respecto, también lo es que la reforma legislativa más esperada por los organismos relacionados con el mundo de la discapacidad aún no se ha producido. Nos referimos a la aprobación del proyecto de ley que conlleve la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad. Y es que, al menos por nuestra parte así lo entendemos, mediante el artículo 12 de la Convención lo que se busca es que dejemos de preguntarnos hasta qué grado hemos de modificar la capacidad de la persona que lo necesite, y empecemos a cuestionarnos qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona para desarrollar su vida con total normalidad.

Dicho esto, hoy en día debemos ser optimistas y pensar que no debe faltar mucho para que el legislador español dé forma al ansiado proyecto de ley.

Y es que nuestro optimismo lo basamos en diversos motivos, como, por ejemplo, que hasta en dos ocasiones el Gobierno haya anunciado el compromiso de elaborar dicho proyecto de ley. La primera de ellas fue al año siguiente de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo<sup>8</sup>, cuya Disposición Final primera ordenaba «*al Gobierno remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de seis meses un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención*». Al no cumplir con dichos plazos, el mandato se retoma en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto<sup>9</sup>, en la que se recoge que: «*El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*». Si bien es cierto que el plazo concedido en esta última ocasión

para remitir el proyecto de ley expiró hace más de dos años (agosto de 2012), no por ello hemos de entender que ya no hay posibilidad de aprobación por el Gobierno, dado que en la misma Ley 26/2011 se le otorgó exactamente el mismo plazo de un año para la aprobación de una norma que refundiese algunas leyes protectoras de las personas con discapacidad, y, aunque habiendo expirado con creces el plazo concedido para ello, finalmente se llevó a cabo mediante el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. En el mismo sentido, hemos de tener en cuenta que en septiembre de 2011, desde el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención) en sus Observaciones al Informe presentado por España en cuanto a la adaptación de la Convención, concretamente en el epígrafe 33<sup>10</sup>, se avisaba al Gobierno español de que desde dicho órgano se tenía conocimiento del plazo de un año que la Ley 26/2011 había otorgado para presentar un proyecto de ley que regularizase el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención.

También nos hace pensar que la ansiada reforma legislativa no puede demorarse mucho más en el tiempo, el hecho de que en noviembre de 2012 y mediante respuesta escrita a pregunta de un diputado de Izquierda Unida<sup>11</sup> referente a la situación del proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, el Gobierno afirmase que «cuenta con un borrador cuya tramitación comenzará en breve y que aquilará tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

Pero el motivo más reciente que encontramos para apostar por la cercanía de la reforma legislativa es, que en el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, última norma aprobada en relación con las personas con discapacidad y la adaptación de la Convención, no se haga ninguna referencia al proyecto de ley mencionado, ni se otorgue nuevo plazo al Gobierno para que lo remita a las Cortes Generales, por lo que la única conclusión que podemos sacar al respecto es, precisamente, su más que cercana publicación.

## II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Por nuestra parte consideramos que el artículo 12<sup>12</sup> es el más importante de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, ya que mediante el mismo se exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que puedan adoptar libremente todo tipo de decisiones en cualquier ámbito de su vida, siendo apoyados en aquellos casos que lo necesiten.

El tema de la capacidad jurídica a la que hace referencia la Convención suscitó grandes discusiones entre los Estados Parte<sup>13</sup>, por un lado, entre los países occidentales de América y Europa, y, por el otro, con China, Rusia y los países islámicos. Tal fueron estas diferencias de entendimiento que, incluso, se llegó a temer por la ruptura de la adopción del texto final de la Convención, si bien todo quedó superado con la redacción actual del articulado.

La *capacidad jurídica* a la que hace referencia la Convención engloba tanto el concepto de capacidad jurídica de nuestro sistema como el de capacidad de obrar<sup>14</sup>. En el Derecho español se entiende por *capacidad jurídica* la aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; mientras que por *capacidad de obrar* se entiende la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

Bajo nuestro parecer, de los cinco apartados que conforman el artículo 12 de la Convención el de mayor relevancia es el tercero, ya que recoge que los Estados Parte deberán adoptar todas las medidas necesarias para facilitar a las personas con discapacidad el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica, y en nuestro Ordenamiento, cuando se habla de apoyo o asistencia en la capacidad de obrar de las personas estamos haciendo referencia al modelo de protección que en la actualidad sigue vigente, es decir, el de la incapacitación.

Desde diversos sectores de nuestra sociedad, así como desde la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad y parte de la doctrina, se considera que el procedimiento de incapacitación es una institución contraria al espíritu de la Convención, debido a que mediante este se priva a la persona de su capacidad de obrar, vulnerándose por tanto la dignidad de la persona incapacitada y su derecho a la igualdad. Por ello, desde estos sectores se viene abogando por una profunda reforma legislativa de nuestro actual procedimiento de incapacitación, que conlleve al cambio de título del procedimiento, la eliminación de las figuras jurídicas que actualmente la componen (la tutela, la curatela, patria potestad prorrogada, el defensor judicial, e incluso la guarda de hecho) y la introducción al mismo tiempo en nuestro sistema de nuevas medidas de apoyo a favor de las personas con discapacidad que sean más acordes a lo exigido en el artículo 12 de la Convención, tomándose siempre como ejemplo a seguir el de la figura del administrador de apoyo italiano.

En tal sentido expone el Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid<sup>15</sup> sobre el impacto de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico y la aplicación de su artículo 12, que «*el cambio que se busca desde la Convención con el artículo 12 puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, que sería el modelo actual, al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”*». Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención, ya que el mismo integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que este sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica) (...). De este modo, el instrumento internacional analizado exige modificar la concepción actual del proceso de incapacitación en la legislación española y, desde luego, su aplicación práctica. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. No se puede imposibilitar o limitar a priori el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y esas condiciones tendrán que valorarse en cada situación (...)».

En base a la redacción dada en este punto, del Informe se podría llegar a la conclusión de que, en España, cuando una persona sufre algún tipo de discapacidad es automáticamente incapacitada, cuando, en realidad, en nuestro sistema para poder incapacitar a una persona, total o parcialmente, es necesario que la misma sufra «*deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma*», por lo que no sería una simple discapacidad el motivo para limitar o restringir la capacidad de la persona como se recoge en el Informe, sino que tiene que ser un tipo de discapacidad persistente que impida a la persona autogobernarse, pretendiéndose en todo momento con dichas medidas adoptadas por el juez la guarda y protección de la persona que lo necesite. Igualmente, hemos de reflejar que mediante el procedimiento de incapacitación existe la posibilidad de que el juez, debido al grado de discapacidad que sufra la persona a incapacitar, crea oportuno proceder a su incapacitación parcial, no total, nombrando en dicho supuesto a un curador para que apoye o asista a la persona que lo necesite solo en los actos que el juez fije en la sentencia. Y, por último, en referencia al contenido del Informe mencionado, entendemos oportuno dejar expuesto que la incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, no conlleva per se la privación de derechos fundamentales del incapacitado, tal y como expuso la Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009<sup>16</sup>, la cual analizaremos más adelante.

Por nuestra parte, si bien es cierto que no compartimos la necesidad de eliminar las instituciones jurídicas que componen la incapacitación por entender

que mediante estas las personas con discapacidad están protegidas en armonía con lo expuesto por la Convención en cuanto al ejercicio libre de su capacidad jurídica y de obrar, sí coincidimos en cambio con el pensamiento de dichos sectores en cuanto a la necesidad de sustituir el título del procedimiento actual de incapacitación por otro que fuese más acorde al espíritu de la Convención, como por ejemplo podría ser: *Procedimiento de Graduación de la Capacidad de Jurídica de las Personas*, o *Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Jurídica de las Personas*<sup>17</sup>. Con ello se conseguiría que los familiares de las personas con discapacidad que necesitasen ser incapacitadas, viesen el nuevo procedimiento como la oportunidad de regular o modificar la capacidad jurídica del familiar mediante el apoyo o asistencia, si fuese necesario, del tutor o el curador correspondiente, dejando entonces de promover, como pasa con la terminología actual, un procedimiento cuya finalidad es que su familiar deje de ser capaz en todos los ámbitos de su vida.

### III. SEGURIDAD JURÍDICA QUE OFRECE NUESTRO ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La incapacitación es el procedimiento legal existente en nuestro Ordenamiento jurídico para proteger a las personas con discapacidad. El procedimiento de incapacitación tiene por finalidad declarar, mediante sentencia, que una persona padece una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernar su persona y bienes, o solamente su persona, o sus bienes, determinando, además, el régimen de guarda al que haya de quedar sometida dicha persona.

En la actualidad, desde los sectores de familiares llamados a promover la declaración judicial de incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se considera el proceso de incapacitación como vejatorio, cuando, en realidad, es todo lo contrario<sup>18</sup>, aunque entendemos que no debe ser agradable para nadie verse abocado a dirigir una demanda contra un familiar, y a seguir contra él un proceso contencioso y contradictorio que tiene por objeto restringir la capacidad de obrar del demandado.

Y es que, desde estas corrientes que abogan por la eliminación del actual procedimiento de incapacitación y su sustitución por nuevas medidas de apoyo para cumplir con el artículo 12 de la Convención, se entiende el procedimiento de incapacitación como la herramienta a través de la cual, el juez priva a una persona con discapacidad totalmente de su capacidad de obrar, designando a un tercero que le sustituya a la hora de decidir, vulnerando, con ello, sus derechos fundamentales.

Por nuestra parte, en cambio, consideramos que el procedimiento de incapacitación actual es el medio de protección de las personas que habiendo

disminuido o perdido la capacidad de entender y querer el contenido y las consecuencias de sus actos, pudiesen tomar por sí mismas o bajo la influencia de terceros, decisiones que por acción u omisión les irrogasen un perjuicio. En este sentido, se recoge en el artículo 215 del Código Civil que: *«La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante la tutela, curatela o el defensor judicial».*

Si bien es cierto que mediante la incapacitación se produce una privación, total o parcial, de la capacidad de obrar de una persona física hasta ese momento capaz, esta privación solo puede hacerse por su bien, y *«por sentencia judicial»*, tal y como establece el artículo 199 del Código Civil, lo cual es una garantía y seguridad para la sociedad en general (no olvidemos que en cualquier momento todos podemos pasar a formar parte del grupo de personas que necesitan protección o apoyo), ya que antes de fijarse cualquier decisión en cuanto nuestra capacidad de obrar se habrá de pasar por un proceso declarativo.

Otra garantía de gran importancia a favor de las personas que necesitan ser asistidos o apoyados en ciertos aspectos de su vida, es la que recoge el artículo 232 del Código Civil, el cual establece que: *«La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado»*. No se nos ocurre una mayor garantía para la persona a favor de la cual se ha designado un tutor o curador, el hecho de que este sea controlado en sus actuaciones por el Ministerio Fiscal, el cual debe actuar tanto de oficio, como a instancias de cualquier interesado.

Pero, desde nuestro punto de vista, la garantía fundamental del actual procedimiento de incapacitación es que la sentencia ha de estipular si la incapacitación que se fija es total o parcial, tal como dispone el artículo 760.1<sup>19</sup> de la LEC; y, en consecuencia, si se le nombra un tutor o un curador, o, en su caso, la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Asimismo, para que se llegue al momento de la sentencia, se tienen que dar una serie de causas. La última parte del artículo 199 del Código Civil se refiere a las causas que pueden llevar a incapacitar a una persona: *«la privación de capacidad por sentencia solo cabe, en virtud de las causas establecidas en la Ley»*. En este sentido, recoge, desde 1983, el artículo 200 del Código Civil que *«son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*. Entendemos que al incluir las enfermedades persistentes de carácter físico como causa de incapacitación, el legislador buscaba proteger a aquellas personas que sufriesen algún tipo de discapacidad física que les impidiese comunicarse con el resto de personas, si bien en la actualidad, debido a los avances técnicos, así como a los avances de formación o auxilio, es más que improbable que exista esa imposibilidad de comunicación por parte de las personas que sufran algún tipo de discapacidad física<sup>20</sup>. Por ello, a día de hoy la única causa que puede conllevar la incapacitación, bien parcial o total

de la persona, es la existencia de una enfermedad psíquica que excluya o limite la capacidad natural de querer o entender del sujeto.

Englobando todas las garantías anteriormente expuestas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre del mismo año, determinó que: *«En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacidad de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presente incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 CC)».*

Con posterioridad a esta Sentencia se publicó 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 esta finalidad* (en adelante, LPPD), la cual introdujo nuevas garantías de protección a favor de personas que pudiesen necesitarlo mediante la modificación del artículo 223.2 del Código Civil<sup>21</sup>, que supuso que una persona todavía en plenitud de sus facultades mentales, pueda otorgar escritura pública notarial para designar quién o quiénes desea que se encargue de su protección en caso de ser en un futuro declarada incapaz, pudiendo establecer además las directrices que ordenarán las formas de ejercicio y control de dicha guarda. Esta figura introducida por la LPPD recibe el nombre de *autotutela*<sup>22</sup>, cuya introducción en nuestro Código supuso al mismo tiempo la modificación del artículo 234 del Código Civil, en el sentido de que, en todo caso, el nombramiento del tutor o curador deberá realizarlo el juez atendiendo al siguiente orden de preferencia: 1. Al designado por el propio tutelado. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

No obstante, el citado artículo permite al juez que, excepcionalmente y en resolución motivada, pueda alterar el orden de los llamamientos establecidos anteriormente o prescindir de todas las personas en él mencionadas cuando

así convenga al beneficio o interés del incapacitado<sup>23</sup>. Por todo ello, se trate de un tutor o de un curador, por regla general, quien vele por sus intereses y le proteja será alguien muy próximo a la persona que necesite protección, teniendo prioridad la persona elegida por él o alguien del entorno familiar, lo cual siempre es otra garantía.

Por nuestra parte, no comprendemos cómo el legislador de 2003 no incluyó en el artículo 234 del Código Civil como posible tutor o curador a favor de la persona con discapacidad la organización o centro que se haya venido encargando de su tratamiento a lo largo de su vida, ya que nadie mejor que tales profesionales saben qué necesita esa persona y cómo actuar en su interés, si bien es cierto, como acabamos de exponer, que el Juez está facultado para nombrar como tutor o curador a favor de la persona con discapacidad a alguien que no sea de su entorno familiar, y por ello alguien ajeno a los supuestos recogidos en el referido, por lo que pueden englobarse ahí como posibles protectores de las personas con discapacidad las organizaciones o centros que se hayan venido encargando de su salud, aunque no queden literalmente incluidos por el Código como posibles protectores.

Y es precisamente por todas estas garantías que venimos recogiendo en el presente apartado a favor de las personas con discapacidad que necesiten una especial protección, por lo que consideramos que el actual procedimiento de incapacitación que rige en nuestro Ordenamiento jurídico debe ser el medio de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema. Eso sí, somos conscientes de que el futuro proyecto de ley que se apruebe con dicha finalidad deberá introducir una serie de modificaciones en el actual procedimiento sin las cuales no se podría llevar a cabo la adaptación plena y eficaz de lo exigido en la norma internacional.

#### IV. RAZONES POR LAS QUE INCLINARNOS POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 A NUESTRO ORDENAMIENTO

Dentro del procedimiento de incapacitación actual, llegamos a la conclusión de que será la curatela el eje central del proyecto de ley que sirva para llevar a cabo la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

Cuando nos referimos a la curatela, lo hacemos a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente. SANCHO REBULLIDA<sup>24</sup> la define como «*un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo*».

La importancia de la curatela en nuestro Ordenamiento jurídico es tal, que el hecho de haber prescindido de ella en la redacción originaria de nuestro Código Civil<sup>25</sup> supuso la coincidencia unánime de doctrina y jurisprudencia de la época a la hora de exigir su restablecimiento, consigliéndolo en 1983 mediante la *Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela*. Y es que, hasta entonces, la única institución encargada de proteger a las personas con cualquier tipo de discapacidad era la tutela, que englobaba la protección desde personas que tuviesen una discapacidad psíquica tal que realmente le hiciese necesitar un tutor, hasta los pródigos, o, simplemente, las personas con una mínima demencia. Por ello, al no haber una regulación de diferentes grados de discapacidad, únicamente existían dos alternativas, o incapacitar a la persona privándole totalmente de su capacidad de obrar aunque tuviese un tipo de discapacidad psíquica mínima, o no protegerla de ninguna forma por entenderse que el grado de discapacidad psíquica que sufría no era tan importante como para incapacitarla.

Y es por ello por lo que se restableció la curatela, para que, junto a la posibilidad de representación de la persona (privándola de su capacidad de obrar mediante la tutela), existiese otra institución de apoyo o asistencia para completar la capacidad de obrar de las personas que únicamente necesitaban eso, ser asistidos o apoyados en determinados actos, sin que por ello su voluntad haya de ser sustituida.

De ahí que mediante la Ley 13/1983 se diese una nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación<sup>26</sup>. Al mismo tiempo, mediante la reforma se obligaba al juzgador a fijar en la sentencia los límites de la incapacitación, es decir, que adaptase mediante la sentencia y en base a las necesidades de cada persona los límites que la misma requiriese (tutela para unos, diferentes tipo de curatela para otros).

Si bien era este el espíritu de la Ley 13/1983, lo cierto es que desde su entrada en vigor hasta nuestros días el mismo no se ha respetado<sup>27</sup>, ya que, generalmente, se ha seguido nombrando tutores a las personas a cuyo favor se instase un procedimiento de incapacitación, en lugar de tener en cuenta también e incluso dar preferencia, a la curatela, lo cual puede deberse a varios factores, como pueden ser las actuaciones profesionales poco exhaustivas debido a la carga de trabajo judicial, o la falta de recursos personales cualificados que permitiesen mejores valoraciones de cada caso, así como de las necesidades concretas de la persona.

Lo que resulta evidente es que por no haberse cumplido con el espíritu de la Ley 13/1983, o dicho de otra forma, por seguir dándose carácter preferencial, y casi único, a la tutela frente a la curatela como se hacía antes de la reforma de

1983, es por lo que desde diversas corrientes se entiende necesario la eliminación de las actuales instituciones de protección existentes en nuestro Ordenamiento.

Desde dichas corrientes, se pone siempre como ejemplo a tener en cuenta por parte del legislador español a la hora de nombrar nuevas medidas de apoyo, la figura del administrador de apoyo italiano, la cual está en perfecta armonía con lo exigido por el artículo 12 de la Convención en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas.

A diferencia de autores como CABELLO DE ALBA JURADO<sup>28</sup> que considera que la curatela aún reuniendo los requisitos adecuados para adaptar la Convención, no es el medio de apoyo ideal para ello, nosotros sí entendemos que mediante la regulación actual de la curatela, con algunas modificaciones de menor impacto que supongan el cumplimiento efectivo, esta vez sí, del espíritu de la Ley 13/1983, la Convención puede quedar adaptada perfectamente a nuestro Ordenamiento<sup>29</sup>, y ello en base principalmente a los siguientes argumentos.

#### 1. GRAN SIMILITUD EXISTENTE ENTRE LA FIGURA DE LA CURATELA Y LA DEL ADMINISTRADOR DE APOYO ITALIANO

La figura del *amministratore di sostegno* o administrador de apoyo italiano, es el resultado de una reforma de gran envergadura llevada a cabo en el Código Civil de dicho país a través de la Ley núm. 6/2004<sup>30</sup>, mediante la cual, la incapacidad e inhabilitación adquirieron un carácter totalmente residual en Italia, al ser el objeto de la Ley el de «*tutelar con la menor limitación posible la capacidad de actuar, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la realización de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente*».

Por ello en Italia primará siempre el nombramiento de un administrador de apoyo frente a las figuras de la incapacidad y la inhabilitación, las cuales quedan exclusivamente reservadas a situaciones excepcionales que las conviertan en las únicas medidas de protección idóneas para la persona.

Avisamos con antelación de que a lo largo del presente apartado haremos referencia a curador y curatela en diferentes artículos del Código Civil español cuando en realidad en estos únicamente se nombra al tutor, si bien, entendemos necesaria, y posible, para la comparación de ambas figuras esta sustitución terminológica en base a la remisión legal que se hace en el artículo 291 del Código Civil mediante el cual son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

Bajo nuestro punto de vista, la figura de la curatela española y la tan anhelada del administrador de apoyo italiano son muy similares tanto en su función, como en su regulación y objeto.

*a) Similitud en cuanto a su función*

La función del administrador de apoyo es, tal y como recoge el artículo 404<sup>31</sup> del Código Civil italiano (en adelante, *Codice Civile*), intentar proteger, con la menor limitación posible, las personas que por cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica, se encuentran imposibilitadas, bien de forma parcial o temporal, a la hora de gestionar sus propios intereses. Mientras que la figura del curador español (la cual se dirige a las mismas personas a las que en Italia se nombra un administrador de apoyo, es decir, a aquellas que por cualquier enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico no pueda autogobernarse) tendrá como función, en base al artículo 289 del Código Civil, la asistencia al curatelado en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que el curador español se limita a ejercer una labor puramente asistencial, es decir, debe asistir-apoyar al curatelado, pero nunca sustituir su voluntad, por lo que coincide plenamente con la función encomendada al administrador de apoyo italiano.

*b) Similitud en cuanto a su regulación*

A la hora de estudiar la regulación legal de una y otra figura, apreciamos la existencia de artículos de los Códigos Civiles de cada país muy similares en cuanto a su redacción. Así, por ejemplo, el artículo 410 del *Codice Civile* recoge que «*el administrador de apoyo tiene que desarrollar su cometido teniendo en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario*»; mientras que en el artículo 216 de nuestro Código Civil se establece que «*las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del curatelado*», y, en el mismo sentido, el artículo 269 de nuestro mismo Cuerpo legal estipula en su punto 3.º que «*el curador está obligado a velar por el curatelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad de este y su mejor inserción en la sociedad*».

Por otra parte, en Italia, la persona con discapacidad puede instar ella misma el procedimiento para que se le nombre un administrador de apoyo (art. 406 del *Codice Civile*) o solicitar la sustitución de este (art. 413), mientras que en nuestro país, tras la reforma introducida por la LPPD, hoy el artículo 757.1 LEC establece que la declaración de incapacidad puede establecerla, entre otros, el presunto incapaz, y el artículo 248 del Código Civil dispone que el curatelado puede solicitar la remoción del curador, y una vez declarada esta judicialmente se procederá al nombramiento de un nuevo curador.

También coinciden en que en ambos sistemas, una persona en aras de una posible discapacidad-incapacidad futura, puede designar quién quiere que sea su administrador o curador y cómo habrá de actuar este. De hecho el artículo 408 del *Codice Civile* expone que el propio interesado en previsión de una futura dis-

capacidad, puede designar el que será su administrador de apoyo mediante acto público o documento privado protocolizado. A falta de dicha designación personal, o en presencia de motivos graves, el juez podrá designar otro administrador distinto cuando así lo crea oportuno y motive. En la elección, el juez tutelar deberá regirse, cuando sea posible, por el siguiente orden: al cónyuge no separado legalmente, la persona que conviva con el discapacitado establemente, el padre, la madre, el hijo, el hermano o la hermana, el pariente hasta el 4.º grado o el sujeto designado por el progenitor supérstite por testamento, acto público o documento privado autenticado.

En cuanto a nuestro Ordenamiento, además de coincidir con el italiano en cuanto al hecho de que cualquier persona capaz puede determinar quién será su tutor-curador en caso de ser necesario en un futuro mediante la figura de la autotutela (art. 223 del Código Civil), es muy similar también el orden de preferencia al que ha de atenerse el juez a la hora de fijar al tutor-curador correspondiente, ya que establece el artículo 234 de nuestro Código Civil que para el nombramiento del curador se preferirá: al designado por el propio curatelado, al cónyuge que conviva con el curatelado, a los padres, a la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad, al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficiario del menor o del incapacitado así lo exigiere.

También son muy similares los arts. 412 del *Codice civile* italiano y el 293 del Código Civil español en cuanto a la ineeficacia de los actos realizados sin el consentimiento necesario, ya que, mientras el artículo italiano recoge que, los actos llevados a cabo bien por el administrador de apoyo, bien por el propio beneficiario, en infracción de normas o de las disposiciones contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo, son anulables a instancia del administrador de apoyo, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o de sus herederos, y que las acciones prescriben a los 5 años, a contar desde el cese del estado de sujeción a la administración de apoyo; el precepto español estipula que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 (la acción de nulidad solo durará 4 años cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados desde que salieren de tutela) y siguientes del Código Civil.

### *c) Similitud en cuanto al objeto de ambas figuras*

Pero, sin ninguna duda, la similitud más importante entre ambas figuras, en cuanto a la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento se refiere, es la existente en cuanto al objeto de las mismas.

Establece el artículo 409 del *Codice civile* que el beneficiario del administrador de apoyo conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria de este. El beneficiario de la administración de apoyo puede en todo caso cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana.

Mientras que nuestro artículo 289 del Código Civil expone que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia, y el artículo 293 de la misma norma recoge que «*los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea preceptiva (...)*», por lo que se está afirmando que existen actos (de hecho deberían ser la mayoría) en los que el incapacitado seguirá actuando sin necesidad de la asistencia o apoyo del curador, al igual que sucede en Italia con la figura del administrador de apoyo.

Prueba de la similitud entre el objeto de una y otra figura, es la *sentencia de 27 de abril de 2010 del Juzgado de Primera Instancia 15 de Las Palmas de Gran Canaria*, en la cual se acaba optando por la figura del curador como medio de protección de una persona cuyas necesidades en Italia hubiese supuesto el nombramiento a su favor de un administrador de apoyo. La sentencia resuelve un procedimiento en el que se solicitaba se declarase a la demandada como incapacitada y se le nombrara un tutor, si bien, la Magistrada, desde el primer momento esgrime que el nombramiento de un tutor, curador o defensor judicial en la actualidad debe interpretarse a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, haciendo hincapié en el artículo 12 de la Convención y la necesidad en base al mismo del cambio del «modelo de sustitución en la toma de decisiones» al «modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones», por lo que tras elaborar un estudio exhaustivo de la persona objeto del procedimiento incapacitador, entiende que no se apreciaba ningún déficit en la demandada en cuanto a sus aspectos más básicos (aseo, comer, deambular por la calle, usar el transporte, telefonear, respuesta ante la necesidad de ayuda, realizar pequeñas compras...), incluso tampoco presentaba déficits para desarrollar un trabajo remunerado (era jardinera del ayuntamiento) ni conducir vehículos (tenía carnet desde hacía 12 años), pero en cambio sí se apreciaban déficits en cuanto a la posibilidad de vivir sola, cambiar su lugar de residencia o viajar al extranjero, toma de decisiones y consentimiento informado para temas médicos, realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, otorgar testamento...

Y es por todo ello, por lo que la Magistrada expuso en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

*«Así las cosas, desde la situación fáctica comentada, de acuerdo con los razonamientos antes expuestos, no procede declarar la incapacidad total de la demandada tal y como y como se dejó interesado en la demanda; antes bien lo procedente es modificar parcialmente la capacidad de obrar de doña Teresita,*

*para actuar por sí sola y de forma autónoma a la hora de tomar las decisiones, ya referidas: 1. Toma de decisiones y otorgar consentimiento informado válido para cualquier intervención o tratamiento médico, con especial atención al tratamiento necesario para su esquizofrenia paranoide; 2. Cambiar de domicilio o salir al extranjero; 3. Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc., otorgar testamento y, otorgar consentimiento válido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o a su patrimonio u otorgar poderes a terceros y; 4. No puede entablar acciones judiciales.*

*En cuanto al derecho de sufragio, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exige respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna al respecto. En el concreto supuesto enjuiciado no se ha acreditado esa especial incapacidad de doña Teresita para poder elegir una determinada opción y ejercitar su derecho al voto, pues dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona».*

En términos muy similares a los expuestos en la sentencia anterior, pero más de tres años después, se dictó la importantísima sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, si bien, debido a su importancia, dedicaremos un epígrafe completo al estudio de la misma en el siguiente capítulo.

## 2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA CURATELA TANTO EN EL ÁMBITO PERSONAL COMO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN

Una vez expuestas las grandes similitudes existentes entre la curatela y el administrador de apoyo italiano, nos centramos ahora en el estudio de la posibilidad, o no, de aplicar la curatela en el ámbito personal de la persona que necesite ser incapacitada, o si, por el contrario, como se usa desde diversos sectores para desechar la opción de la curatela como ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención, la figura de la curatela únicamente podrá establecerse en el ámbito patrimonial de la persona a incapacitar.

Nos referimos por tanto a la curatela que puede darse a favor de la persona que necesite ser incapacitada debido a su enfermedad, no a la curatela a la que pueden someterse los emancipados cuyos padres quedaren impedidos o fallecie-

ren, o los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad, o los declarados pródigos, ya que en estos casos el papel de la curatela sí tendrá exclusivamente un contenido patrimonial.

Pero en cuanto a la figura de la curatela que en el presente artículo nos interesa, la que puede darse a favor de personas que necesitan ser incapacitadas, coincidiendo con las posiciones del CERMI o de la Fundación Aequitas, se pronunció el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, reflejando, entre otras cosas, que *«además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la capacidad, como exige la ley, solo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacitación: 1) la incapacidad absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que este queda privado de su «capacidad de obrar» tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito, y 2) el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial»*. Termina exponiendo el Informe acto seguido que *«como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia»*.

Nos encontramos aquí ante un tema de gran importancia, ya que del alcance exacto del ámbito al que puede aplicarse la curatela, dependerá la posibilidad, o no, de apostar por el actual sistema de incapacitación como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento. Y es que no podemos obviar, que en caso de que el único ámbito de aplicación posible a la hora de instaurar la curatela a favor de una persona que lo necesitase debido a su enfermedad fuese el patrimonial, nuestro procedimiento de incapacitación actual no sería suficiente para llevar a cabo la adaptación por la que venimos apostando, por ser precisamente, como queda recogido en el articulado de la norma internacional, el ámbito personal de la persona con discapacidad el que ha de verse reforzado mediante apoyos o asistencia.

Llegados a este punto hemos de plantearnos cuáles son los argumentos para entender que la curatela no podrá aplicarse al ámbito personal de las personas que lo necesiten, ya que lo único cierto e irrefutable en dicho sentido es que no existe ninguna norma que excluya, o permita, dicha posibilidad de forma expresa.

Así, mientras la doctrina resulta enfrentada al respecto<sup>32</sup>, es de destacar como la mayoría de autores que se oponen a que la curatela pueda alcanzar el ámbito

personal de las personas con discapacidad, reconocen, como no puede ser de otra forma, la total libertad del juez a la hora de fijar los actos sobre los que el curador deberá asistir o apoyar al curatelado. Entonces, ¿en base a qué hemos de entender que los jueces españoles deberán fijar el ámbito de actuación de la curatela únicamente en la esfera patrimonial de las personas que necesiten dicha figura como medida de apoyo o asistencia? Particularmente no compartimos dicha teoría, basándonos para ello, entre otros argumentos, en la literalidad de ciertos artículos del Código Civil, como son:

a) El artículo 215: «*La guarda y protección de las personas y bienes o solamente de las personas o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela y 3.º El defensor judicial*».

Ateniéndonos a las palabras que hemos marcado en cursiva, el artículo literalmente establece que la guarda y protección exclusiva de las personas incapacitadas se realizará mediante la curatela.

b) El artículo 289: «*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*». Es decir, mediante el presente artículo el legislador fijó como ámbito de aplicación de la curatela los actos en sentido general que el juez estimase necesarios, por lo que no se refiere concretamente ni a los actos referidos al ámbito personal de la persona ni a los del ámbito patrimonial, sino a actos en sentido general, dependiendo por tanto únicamente del juez el tipo de apoyo o asistencia, y el ámbito de la misma, que deberá fijar a favor de una persona en base a sus necesidades.

Como reflejo práctico de este artículo nos permitimos nuevamente traer a colación un extracto de la anteriormente referida *sentencia de 27 de abril de 2010, del Juzgado de Primera Instancia 15 de Las Palmas de Gran Canaria*, en la que la Magistrada establece expresamente la curatela para ciertos actos personales de la persona que necesita asistencia y apoyo. Así expone en el Fundamento Jurídico Cuarto:

*«En atención a las circunstancias fácticas antes reseñadas, resulta procedente constituir en este supuesto un régimen de curatela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que realmente incide la deficiencia (SSTS 31 de diciembre de 1991 y 30 de junio de 2004). Por lo que al curador se refiere, no suple la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser de naturaleza exclusivamente patrimonial».*

En el mismo sentido, expone la sentencia del Tribunal Supremo, 995/1991, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, que el curador:

*«no suple la voluntad del afectado sino que la refuerza, controla y encauza, completando la deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial».*

O por último, traemos a colación la importantísima, y anteriormente mencionada, sentencia del Tribunal Supremo, 421/2013, de 24 de junio de 2013, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo recoge que:

*«estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela».*

c) El artículo 290: *«Si la sentencia de incapacidad no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial».* Los actos para los que los tutores necesitan autorización judicial son los recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil entre los cuales se engloban actos del ámbito personal de la persona sobre la que se ejerce la tutela, como por ejemplo apoyar al curatelado a la hora de decidir si le conviene internarse en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, o renunciar a derechos, o entablar demandas, por lo que el presente artículo otorga también la posibilidad de que la asistencia o el apoyo del curador quede fijado en el ámbito personal de las personas<sup>33</sup>.

### 3. RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA FIGURA DE LA TUTELA POR LA CONVENCIÓN EN SU ARTÍCULO 23.2

Otro de los motivos por los que consideramos la curatela como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento es que la propia Convención, concretamente en su artículo 23.2<sup>34</sup>, reconoce la existencia de la figura de la tutela en diversos Estados Partes, sin exigirles a estos su eliminación, sino que la respeta y acepta. Y es que el hecho de que la Convención sea Derecho interno no significa que derogue el sistema de incapacidad actual, sino que nuestros legisladores están obligados a adaptar el contenido de la Convención a nuestro Ordenamiento.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 228/2009, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DE 29 DE ABRIL DE 2009

Otro de los argumentos esgrimidos por nuestra parte para rechazar el planteamiento de la necesidad de eliminación de nuestras medidas tuitivas actuales sustituyéndolas por unas nuevas, es la sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 29 de abril de 2009, por ser la primera de nuestro Tribunal Supremo en enfrentarse directamente a la aplicación de la Convención.

En ella, el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención en nuestro ordenamiento, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Ante lo que el Tribunal Supremo consideró, en su Fundamento Jurídico 5.<sup>º</sup>, que: *«No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad».*

Esta Sentencia del Tribunal Supremo acredita que las instituciones de protección existentes actualmente en nuestro ordenamiento, no son contrarias a los principios de la Convención, ya que la persona declarada incapaz mantiene la titularidad de todos sus derechos fundamentales, aunque tiene determinada su forma de ejercicio, entendiéndose por incapacitación una forma de protección.

Dicho lo cual, y tomándola, por nuestra parte, como uno de los referentes a la hora de apoyar la idoneidad del procedimiento de incapacitación actual con ciertas modificaciones como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención, entendemos justo dejar expuesto en el presente artículo que, desde nuestro punto de vista, la sentencia aquí expuesta designa para la persona incapacitada un tutor cuando el medio de protección ideal en este supuesto era el nombramiento de un curador que asistiese o apoyase a la persona en los actos que el juez considerase oportuno. A tal conclusión llegamos en base

a varios motivos que se desprenden todos ellos de la propia literalidad de la Sentencia, como son:

A) Los que argumentó el Juez de Primera Instancia para incapacitar a la señora, el cual expuso que: *«solo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque a Doña V., por sí sola, le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, comprar, etc.), o sociales (visitas relaciones, etc.) –no puede estar presente en estas actuaciones– e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece...»*. No llegamos a entender cuál de los supuestos arriba mencionados conlleva la necesidad de privar a una persona totalmente de su capacidad de obrar. ¿Tal vez haber otorgado un poder? ¿O no poder comprar, llevar la casa o recibir visitas? Tomar cualquiera de estas razones para nombrar un tutor a favor de una persona, entendemos sería contrario al espíritu de la Convención.

B) Pero es que, el mismo Juez, y tras su inspección personal a la señora, recogió que: *«Se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos propios de la vida cotidiana, no así complejos como sería la administración de sus bienes»*. Después de estas afirmaciones, ¿acaso no parece claro que lo que necesitaba la persona en cuestión era un curador que le apoyase en su ámbito patrimonial?

C) A todo esto hay que sumarle el contenido del informe del médico forense que actuó en primera instancia, el cual reflejó que: *«aunque los diagnósticos de las enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos... ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio-familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas...»*. Es decir, que el médico forense entendía que los diagnósticos de las enfermedades que padecía la señora no eran incapacitantes por sí mismos, pero que sí podía sufrir esta engaños por terceras personas.

Por todo ello, nos reafirmamos en nuestra postura de que en el supuesto estudiado, y en base a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la única medida de protección que se debía haber establecido a favor de la persona necesitada de ayuda o asistencia era la del nombramiento de un curador que le apoyase o asistiese en todos sus actos patrimoniales, dejando dicho al mismo tiempo que no nos cabe duda de que en la actualidad sería la posición que venimos defendiendo la adoptada por nuestro Tribunal Supremo, tal y como se refleja en el siguiente punto.

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 421/2013, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, 24 DE JUNIO DE 2013

Nos encontramos aquí ante una Sentencia aún más importante que la anterior, visto su interés casacional.

En este supuesto, la sentencia de primera instancia declaró incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho activo, como su patrimonio, y nombró tutor a una entidad pública.

El demandado interpuso recurso de apelación que fue desestimado, como también fue desestimada la solicitud del Ministerio Fiscal de que fuera sometido a curatela, interesado en la vista celebrada en la alzada, *«porque las limitaciones que padece el demandado exigen acudir a la curatela»*.

Como antecedentes de interés para la resolución del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial señaló los siguientes: *«por Resolución de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales, empleo y relaciones laborales, el demandado tiene reconocido un grado de minusvalía del 65% desde el 8 de mayo de 2003 por enfermedad mental crónica. Se le diagnosticó esquizofrénia paranoide en informe del psiquiatra doctor Íñigo de 19 de abril de 2004 que también hace constar la falta de conciencia de enfermedad, la negativa a recibir tratamiento psicofarmacológico y la asistencia desde el 13 de noviembre de 1990 por la unidad de salud mental del hospital comarcal Valdeorras, a petición de sus familiares, por graves alteraciones psíquicas. En un primer informe médico forense de 17 de septiembre de 2009, acompañado a la demanda, se mantienen idénticas conclusiones en orden al diagnóstico, falta de conciencia de enfermedad y negativa a tratamiento y se añade que no tiene capacidad plena y duradera para administrar su persona y bienes. En informe fechado el 16 de junio de 2009, la trabajadora social del Ayuntamiento de A Rúa de Valdeorras pone de relieve el serio deterioro que sufre en su vida profesional, laboral y socio-familiar, el descuido en sus necesidades más básicas, la falta de control para administrar su dinero y patrimonio y conflictos con sus hermanos»*.

Añade, además, lo siguiente: *«Es verdad que el último de dichos informes contiene afirmaciones que pudieran apoyar la tesis de la parte apelante pero su lectura pausada revela contradicciones importantes en los extremos sobre los que incide el recurso. Así, mientras reconoce al demandado capacidad para conocer las consecuencias del procedimiento, considera que es muy vaga su habilidad para conocer el objeto del procedimiento; admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, califica de paranoide su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Además de ello, considera al demandado incapaz para consentir tratamientos, escasas sus habilidades para el autocuidado de su salud para el seguimiento de pautas alimenticias y para el manejo de medicamentos, lo cual revela la necesidad de*

*que sea sometido a un control que proteja su persona y bienes. Esta conclusión se ha reforzado con las pruebas practicadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 759 LEC, singularmente con el examen del presunto incapaz, acreditativo de un discurso incoherente, alejado de la realidad, y con el resultado de la pericial rendida en juicio por el médico forense autor del informe de 16 de noviembre de 2011, donde quedaron aclaradas las divergencias que pudieran resultar de su confrontación con el antes señalado de 30 de septiembre de 2009 e igualmente el alcance de la incapacidad. En efecto, el primero de dichos informes alude a una limitación parcial para administrar persona y bienes, pero en las aclaraciones al mismo, su autor vino a admitir la necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los que afectan a la persona del demandado, en concreto para una adecuada alimentación y para la sumisión a tratamiento, indispensable para un adecuado control de su enfermedad a fin de conseguir su integración en la sociedad en la forma más plena posible».*

La Sentencia fue recurrida en casación tanto por el demandado como por el propio Ministerio Fiscal, citando como infringida la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y los artículos 199, 200 y 287 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 10, 14, 23 y 96 de la Constitución Española. Considera que existe una clara desproporcionalidad en la medida adoptada en la Sentencia, lo que también comparte el Ministerio Fiscal, una vez practicada la prueba en segunda instancia, por lo que solicitó la instauración de una curatela, ya que en los informes periciales no hablan de limitación total, único caso en el que procedería la incapacitación total, que es la que, finalmente, se ha adoptado en contra de la proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de la persona exigidas ambas por el artículo 12 del Convenio, privándole, incluso, de derechos fundamentales, como el de sufragio, cuando no existe ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades para que se vea privado del derecho de voto, o incluso, de la posibilidad de gobernarse por sí mismo, cuando siempre lo ha hecho para atender sus propios asuntos. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

Señala la Sentencia en su Fundamento Jurídico 2.º, que no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectado don Camilo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos,

reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

Sin duda, una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12.

Asimismo, dentro del mismo Fundamento Jurídico 2.º, como punto 4 establece la Sentencia que estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, «*no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva*», sino mediante un simple apoyo del curador.

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también, en su caso, la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

La sentencia se va a mantener en lo demás, con la única precisión de que el curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.

Aparte de la enorme repercusión de la presente sentencia tanto por su interés casacional anteriormente referido, como por la elección de la curatela como medio de protección ideal, tanto en el ámbito patrimonial como personal, de la persona con discapacidad psíquica, lo es por lo recogido en el punto 6 siempre del mismo Fundamento de Derecho, en el que respecto al sufragio pasivo recoge que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que se deriva de su estado.

## V. ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

Para concluir el presente trabajo en el que venimos defendiendo la figura de la curatela como medio de adaptación ideal del artículo 12 de la Convención, debemos dejar expuesto que para que se cumpla con plenitud dicha idoneidad, el futuro proyecto de ley de adaptación deberá reflejar una serie de modificaciones en nuestro procedimiento de incapacitación actual, siendo, bajo nuestro modesto punto de vista, las modificaciones sin las cuales no se puede concebir el nuevo procedimiento de incapacitación, las siguientes:

1. OTORGARLE UN NUEVO TÍTULO AL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN ACTUAL QUE SEA MÁS ACORDE CON LA CONVENCIÓN, COMO POR EJEMPLO ALGO SIMILAR A PROCEDIMIENTO DE GRADUACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS, O PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

En el nuevo título del procedimiento, si definitivamente fuese el término capacidad jurídica el que se emplease en concordancia con el de la Convención (que como sabemos incluye los términos de capacidad jurídica y capacidad de obrar españolas), correspondería al legislador español aclarar tal extremo en el propio proyecto de ley.

Con un nuevo título del procedimiento como el que proponemos, entendemos que la persona (o sus familiares) que necesitasen el apoyo o asistencia de un curador a la hora de realizar determinados actos, ya sean personales o patrimoniales, no se vería frente a la sociedad como un *no capaz* (incapacitado), sino como una persona que necesita el apoyo de otra para ciertas actividades.

2. ATRIBUIRLE UN CARÁCTER TOTALMENTE PREFERENCIAL A LA CURATELA SOBRE LA TUTELA.

Esta novedad sería incluso más importante que la anterior, ya que mediante la misma los jueces españoles quedarían obligados a intentar nombrar en todo momento a un curador en los actos que la persona lo necesitase, quedando reservado el nombramiento de un tutor a los casos en los que, debido al nivel de la imposibilidad de autogobierno de la persona, fuese la única solución.

3. ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA AGILIZAR EL PROCEDIMIENTO.

Aquí sí tomamos como ejemplo el sistema italiano, en el que desde que una persona solicita al juzgado un administrador de apoyo hasta que el juez lo nombra pueden pasar un máximo de 60 días, mientras que en España, los procedimientos de incapacitación oscilan entre año y año y medio, como mínimo.

4. CREACIÓN DE JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN LA MATERIA Y FORMACIÓN DE SUS PROFESIONALES, ASÍ COMO DE TODOS LOS ACTORES IMPLICADOS.

La nueva Ley ha de implementar en nuestro sistema Juzgados específicos de la materia, como existen por ejemplo los de violencia de género, así como una formación específica de todos los funcionarios (Fiscales, Médicos Forenses,

Oficiales, Trabajadores Sociales...), tal y como recomendó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas mediante la observación número 34 de septiembre de 2011. Con ello se conseguiría, en primer lugar, que los procedimientos fuesen mucho más rápidos. Pero sobre todo, y lo que es más importante, se conseguiría que especialistas en la materia valorasen el grado específico de apoyo o asistencia que cada persona necesita individualmente.

E, igualmente, sería de gran importancia que se exigiese una formación obligatoria para aquellas personas que ejerzan o vayan a ejercer cargos tutelares fuera del ámbito de la tutela familiar, como, por ejemplo, se introdujo en Francia mediante la Ley de 5 de marzo de 2007.

Y es que, de seguir las mismas estructuras que regulan el actual sistema de incapacitación (jueces sobrecargados de trabajo y sin especialización en la materia, así como fiscales, médicos forenses, etc., en el mismo sentido), por mucho que se refuerce la curatela, esta fracasaría, tal y como lo hizo en el sistema vigente tras la reforma del Código Civil mediante la Ley 13/1983 en el mismo sentido.

## 5. OBLIGACIÓN DE LOS JUECES DE FIJAR EN LA SENTENCIA REVISIONES Y EVALUACIONES PERIÓDICAS DE LA PERSONA A LA QUE SE LE HAYA ASIGNADO UN CURADOR-TUTOR CADA CIERTO TIEMPO.

Hemos de tener en cuenta que el grado de enfermedad que suponga el nombramiento de un curador (también, pero menos, en el caso de enfermedades que supongan el nombramiento de un tutor) a favor de una persona con discapacidad puede aumentar o disminuir de forma considerable en el tiempo dependiendo de diversos factores (tratamiento, edad), por lo que entendemos necesario se fijen en la sentencia de incapacitación los plazos en los que ha de llevarse a cabo una revisión del estado de salud del curatelado para ver si subsiste, o ha aumentado o disminuido la necesidad de apoyo o asistencia que este necesitaba en el momento de la sentencia.

## VI. CONCLUSIONES

I. Desde el momento de su ratificación, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte a todos los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que, al igual que el resto de Estados Parte, España queda obligada a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que en la misma se recogen a favor de las personas con discapacidad.

II. Sin duda, la adaptación de mayor trascendencia al respecto sigue a día de hoy sin producirse. Nos referimos, como no puede ser de otra forma, a la problemática adaptación del artículo 12 de la Convención, la cual obliga a los Estados Partes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (la capacidad jurídica de la Convención engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar española) en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que todas las personas con discapacidad que lo necesiten, se vean apoyadas o asistidas por otra persona sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad jurídica ni su capacidad de obrar.

III. Por nuestra parte entendemos que el proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico no va a demorarse mucho más en el tiempo. A dicha conclusión llegamos por diversos motivos, como por ejemplo, el hecho de que el Gobierno español haya anunciado su compromiso al respecto hasta en dos ocasiones, primero mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo, y después, a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, mediante la cual se otorgaba al Gobierno el plazo de un año para remitir a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa del artículo 12, advirtiéndose en septiembre de 2011 por parte del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas del conocimiento de dicho plazo.

Por otra parte, el Gobierno afirmó en noviembre de 2012 por escrito en el Congreso de los Diputados, que cuenta con un borrador cuya tramitación comenzaría en breve y que aquilararía tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Y el último motivo para apostar por la cercanía de la reforma legislativa en tal sentido lo encontramos en el contenido del reciente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Concretamente, más que en su contenido lo encontramos en el «olvido» que se produce en dicho Real Decreto (ninguna mención) respecto al proyecto de ley, por lo que la única explicación lógica que encontramos a ello es la cercanía de su publicación, ya que no se nos ocurre ningún otro motivo por el que el legislador no haya fijado un nuevo plazo al Gobierno para publicar el proyecto de ley que debería haberse aprobado hace más de dos años.

IV. Todo hace indicar que, en contra de la voluntad de gran parte de la doctrina, así como de los organismos representantes de las personas con discapacidad, el proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento conllevará la reestructuración de las medidas tutivas que componen nuestro actual procedimiento de incapacitación. Así,

ya en noviembre de 2012, el Gobierno mediante escrito presentado en el Congreso de los Diputados argumentaba que: *El Gobierno cuenta con un borrador cuya tramitación comenzará en breve y que aquilará tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, teniendo en cuenta que, como afirmó el Tribunal Supremo, el ordenamiento español en relación con estas cuestiones se ajusta a los requerimientos de la Convención*. Se refiere concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, mediante la que se establece que el Código Civil español (y por ende, el procedimiento de incapacitación que en él se recoge) no es contrario a los valores de la Convención. Es decir, que desde el Gobierno se anunció ya a finales de 2012 que nuestras instituciones de protección actuales se ajustan a los requerimientos de la Convención, por lo hemos de entender que en torno a las mismas girará el futuro proyecto de ley.

V. Por nuestra parte coincidimos totalmente con la idea de apostar por la reforma de nuestro actual procedimiento de incapacitación para la adaptación del artículo 12 a nuestro Ordenamiento, si bien, yendo un poco más allá, nos atrevemos a apostar que será la figura de la curatela reforzada el eje central del proyecto de ley que conlleve la igualdad entre personas con discapacidad y el resto de personas a la hora de ejercer su capacidad jurídica y su capacidad de obrar; o dicho de otro modo, apostamos por el refuerzo de la curatela como medio de adaptación ideal del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

A tal conclusión llegamos por diversos argumentos, como son: la gran similitud existente entre la curatela y el administrador de apoyo italiano, que es la figura por la que apuestan para adaptar la Convención los detractores del actual procedimiento de incapacitación; o el reconocimiento y la aceptación que la Convención hace de la figura de la tutela en su artículo 23.3 sin exigirle a los Estados Partes que la supriman por ser contraria a sus principios; o la posible aplicación de la curatela no solo en el ámbito patrimonial de las personas que lo necesiten (como se argumenta desde diversos sectores para no apostar por ella como medio idóneo de adaptación), sino también en su ámbito personal; siendo el último de los motivos que esgrimimos a favor de la curatela como figura ideal para adaptar el artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, destacando, visto su interés casacional y por ser la más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, en la que se nombra un curador a favor de una persona con discapacidad para apoyarla en determinados actos personales y patrimoniales de su vida, otorgándole un carácter preferencial nuestro Tribunal Supremo a la curatela frente a la tutela para cumplir con el espíritu de la Convención.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2013). *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*. L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. [En línea]. Disponible en [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=609aaadc-27f7-4054-8acf-c24d370662b5&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=609aaadc-27f7-4054-8acf-c24d370662b5&groupId=10228)

DE COUTO GÁLVEZ, R. M.<sup>a</sup> (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil. En: J. Rams Albesa y R. M.<sup>a</sup> Moreno Flores (coords.), *Comentarios al Código Civil, Tomo II, vol. 2.<sup>a</sup>* Barcelona: Bosch.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Madrid: Dykinson, pp. 532-579.

GARCÍA CANTERO, G. (1984). Notas sobre la curatela. *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, pp. 787-802.

GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

GETE ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid: McGraw Hill.

LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la tutela, de la curatela y de la guardia de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 289 del Código Civil. En M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*. Madrid: Edersa.

MAJADA PLANALLES, A. (1985). *La incapacitación, la tutela y sus formularios*. Barcelona: Bosch.

MARÍN CALERO, C. (2005). Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En: M. A. Rueda Pérez (coord), *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios Notariales, pp. 39-62.

RAMS ALBESA, J. (2011) Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, pp. 211-296.

SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*. Madrid, Civitas.

SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: Iustel.

VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz: Futuex.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre de 2002

- Sentencia del Tribunal Supremo 995/1991, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, Sala Primera, de lo Civil, 24 de junio de 2013
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de abril de 2010

## NOTAS

<sup>1</sup> Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>2</sup> El artículo 10.2 de la Constitución Española establece que: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>3</sup> Expresa el artículo 91.1 de nuestra Constitución: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma pre-vista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

<sup>4</sup> El Código Civil expone en su artículo 1.5 que: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>5</sup> El artículo 29 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone: Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás.

<sup>6</sup> Las leyes que se modifican para su adaptación a la Convención de la ONU son las que, a continuación, se relacionan: 1) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2) Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. 3) Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. 4) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 5) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. 6) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. 7) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. 8) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 9) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. 10) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. 11) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. 12) Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. 13) Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. 14) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 15) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. 16) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 17) Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. 18) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 19) Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

<sup>7</sup> La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

<sup>8</sup> Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios.

<sup>9</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>10</sup> Se recoge literalmente en el párrafo 33 de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitidas del 19 al 23 de septiembre de 2011 tras el examen del Informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención, que: El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

<sup>11</sup> Respuesta escrita por el Gobierno, con fecha 14 de noviembre de 2012, a la pregunta escrita elaborada por el Diputado de Izquierda Unida Gaspar Llamazares Trigo el 11 de junio del mismo año.

<sup>12</sup> Dispone el artículo 12 de la Convención: 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos (...); 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

<sup>13</sup> GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas. p. 43, considera que: La discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar.

<sup>14</sup> GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, *op. cit.* pp. 46 y 47, recoge que: Los dos primeros apartados se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas en condiciones de igualdad con los demás en todos los aspectos de la vida. A su vez, el apartado último, el quinto, también se refiere a la capacidad (...) Los apartados tercero y cuarto, seguramente los más polémicos de la Convención, hacen referencia a la capacidad de obrar, aunque sin mencionarla con ese nombre, pero no otra cosa es «el ejercicio de la capacidad jurídica», para el cual los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo (apartado tercero).

<sup>15</sup> Informe: El tiempo de los Derechos, núm. 1, elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, y que lleva por

título: El impacto general de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español, marzo 2009, pp. 14 y 16.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, Sala de lo civil, Sección 1.<sup>a</sup>, 29 de abril de 2009.

<sup>17</sup> Por supuesto, al hacer referencia a la capacidad jurídica de las personas estamos haciendo referencia a la capacidad jurídica de la Convención, es decir, que en la misma quedan englobadas la capacidad jurídica y la capacidad de obrar españolas.

<sup>18</sup> En este mismo sentido se expresan diversos autores, entre los que destaca MARÍN CALERO, C. (2005). Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En: M. A. Rueda Pérez (coord), *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios Notariales (pp. 39-62), cuando en su página 42 expone: Al contrario, antes de esta Ley he dedicado muchas palabras y muchos viajes a convencer a padres y familiares de lo contrario, a disipar sus miedos y recelos sobre la figura de la incapacitación y a ponerles crudamente de manifiesto las negativas consecuencias de desamparo y desprotección en que dejan a sus hijos, si no lo hacen; consecuencias negativas solo en el ámbito del Derecho Privado, insisto, pero importantes en la esfera patrimonial y concretamente en relación a las 2 cuestiones que más suelen preocuparles: la tutela y la herencia.

<sup>19</sup> Establece el artículo 760.1 de la LEC: La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

<sup>20</sup> Imaginemos el caso de Stephen Hawking. Una de las personas más inteligentes de la Historia, pero que, debido a una enfermedad degenerativa, no puede valerse por sí mismo. ¿Habrá que incapacitarlo para nombrarle aunque fuese un curador? Obviamente no, ya que no necesita el apoyo o asistencia de nadie para tomar sus propias decisiones, si bien sí que necesita la asistencia de personas para poder realizar todas sus actividades diarias, desde que se despierta hasta que se duerme, pero, en este caso, hablamos de otro tipo de asistencia que nada tiene que ver con el que se ofrece mediante el procedimiento de incapacitación, mediante el que se hace referencia a la asistencia o apoyo que necesita un persona a la hora de tomar decisiones.

<sup>21</sup> Dispone el artículo 223.2.<sup>º</sup> 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.

<sup>22</sup> En cuanto a la autotutela, considera SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: Iustel, en su p. 200, que: Es un nuevo mecanismo por medio del cual se reconoce al sujeto que conserve capacidad suficiente para la designación de quien sea tutor, a través de la expresa manifestación, en testamento o en escritura pública, del propio sujeto, antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo (la llamada autotutela).

<sup>23</sup> Se refiere a supuestos que por desgracia se dan con más frecuencia de la que se piensa, como por ejemplo a aquellos en los que los familiares intentan aprovecharse del tutelado o curatulado.

<sup>24</sup> SANCHO REBULLIDA, F. (1984). El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines. Madrid, Civitas, p. 62.

<sup>25</sup> Aunque en la redacción originaria de nuestro Código Civil se hacía referencia a la curatela en su artículo 1764, el cual disponía: Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución, por el tutor, curador o suministrador de la persona que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad, así como en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima que trataban de la tutela.

<sup>26</sup> DE COUTO GÁLVEZ, R. M.<sup>a</sup> (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil. En: J. Rams Albesa y R. M.<sup>a</sup> Moreno Flores (coords.), *Comentarios al Código Civil, Tomo II, Volumen 2.<sup>º</sup>* Barcelona: Bosch, p. 2027.

<sup>27</sup> Del mismo modo lo entiende VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz: Futuex, pp. 25 y 26, donde argumenta: Si bien la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código Civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacidad judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacidad debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, esa es mi impresión, tal vez equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo.

<sup>28</sup> CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2013). *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, L. Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, p. 11, expone que: (...) Del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela sí es una institución que podría encajar en las denominadas por la Convención de «apoyo o asistencia». En la práctica por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizás por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código Civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los incapacitados, la curatela es una institución cuya naturaleza está «viciada». Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacidad limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente solo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar.

<sup>29</sup> Coincidimos por nuestra parte con el pensamiento de, entre muchos autores, RAMS ALBESA, J. (2011), *Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 211-296, p. 253, donde refleja: Creo yo que la adhesión y ratificación de la Convención, que aquí se examina, daño evidente no hace, pero no era ni conveniente ni necesaria. Nuestro sistema de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar, desaparecidas las limitaciones absurdas debidas al sexo, al estado civil y a la condición social de las personas, se puede calificar de adecuado, suficiente y de sumamente respetuoso para con los derechos humanos y sus garantías, así como con los derechos constitucionales de las personas y sus libertades públicas.

Por su parte, DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Madrid: Dykinson, p. 575, entiende que: Nuestro vigente sistema no vulnera en sí, pues, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: lo que puede vulnerar esta es, en cambio, su incorrecto entendimiento y aplicación en la práctica.

<sup>30</sup> Reforma que supuso el cambio de nombre del Título XII del Libro I del *Codice Civile*, pasando a sustituirse el anterior: De la enfermedad, la incapacidad y la inhabilitación, por el nuevo: De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía, dividiéndose este nuevo Título en 2 capítulos, el Capítulo I: De la administración de apoyo, y el Capítulo II: De la incapacidad, la inhabilitación y la discapacidad natural.

<sup>31</sup> El artículo 404 CC italiano establece literalmente que: La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

<sup>32</sup> Entre los autores que sí consideran posible la extensión de la curatela al ámbito personal del incapacitado nos encontramos, entre otros, con GARCÍA CANTERO, G. (1984). *Notas sobre la curatela*. *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 787-802, donde expone que la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera

personal; o GETE ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas, cuando comenta en la p. 244, que: aunque lo normal es que el curador solo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal. Igualmente, DE COUTO GÁLVEZ, R. M.<sup>a</sup>, Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2029, argumenta que: La curatela de los menores y de los pródigos tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la protección de los incapacitados puede extenderse a la guarda de la persona, además de al ámbito patrimonial.

En el otro sentido, el de considerar que la curatela únicamente alcanzará el ámbito patrimonial de las personas con discapacidad que lo necesiten, nos encontramos, entre otros autores, con la opinión de LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la tutela, de la curatela y de la guardia de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 289 del Código Civil. En M. Albadaleso (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV. Madrid: Edersa, p. 238, que expone que: la curatela es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la Ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial; o GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid: McGraw Hill, p. 113, define a la curatela como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia; o VIVAS TESÓN, I. *Más allá de la capacidad de entender y querer*, *op. cit.*, p. 26, donde argumenta que: A mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino solo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración.

<sup>33</sup> En este sentido MAJADA PLANALLES, A. (1985), La incapacitación, la tutela y sus formularios. Barcelona: Bosch, pp. 150-151, expone que: aparte de la necesaria intervención del curador en determinados actos o contratos, especificados o no, está obligado en general a velar por el incapacitado, y pese a que la sentencia o resolución judicial no lo diga, deberá promover en cuanto esté a su alcance todo lo necesario para su completa salud mental o inserción social, dando cuenta inmediata al juez de cualesquiera circunstancias o anomalías relacionadas con la persona sometida a curatela, sin que ni legal ni moralmente haya de desatenderse de este deber con la inconsciente alegación de que no ostenta el cargo de tutor de la persona y bienes, o el de tutor de la persona, y sí únicamente el de curador.

<sup>34</sup> Literalmente dispone el artículo 23.2 de la Convención que: Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

*(Trabajo recibido el 20-10-2014 y aceptado para su publicación el 27-10-2014)*