

¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial

Does the guardianship constitutes an adequate system support after New York Convention? Jurisprudential positioning

por

BLANCA SILLERO CROVETTO
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Málaga

RESUMEN: El Tribunal Supremo afirma que la normativa española referida a la incapacidad jurídica se ajusta a la Convención de Nueva York, al contar con los instrumentos jurídicos propios de la tutela, la curatela y el patrimonio especialmente protegido. Sin embargo creemos que la Convención abandona ya estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de carácter, extensión e intensidad variados. Es cierto que la curatela cumple la función que podría asignarse a la instauración de apoyos puntuales, máxime cuando la normativa española aún no se ha adaptado a las directrices y principios de la Convención de Nueva York. Sin embargo, no nos parece correcto mantener instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan abiertamente con los mandatos de la Convención.

ABSTRACT: *The Supreme Court of Spain states that the Spanish regulation referred to legal incapacity can be applied and interpreted according to NY Convention, given that it have proper legal instruments of guardianship, curatorship and specially protected heritage. However, we believe that the NY Convention has left these old instruments of care for the disabled and has replaced them by a system of targeted support that can differ in their character, extent and intensity. It is true that curatorship has the function that could be allocated to the implementation of specific support, especially when the Spanish legislation has not yet been adapted to the guidelines and principles of the NY Convention. However, it does not seem correct to maintain judicial incapacitation own institutions openly clash with the mandates of the Convention.*

PALABRAS CLAVE: Curatela. Tutela. Convención Nueva York.

KEY WORDS: *Curatorship. Guardianship. NY Convention.*

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.—II. HACIA UN SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS.—III. INCAPACITACIÓN PARCIAL Y CURATELA. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL: 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 ABRIL DE 2009. 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2012. 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2012. 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2013. 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JUNIO DE 2014.—IV. CONCLUSIONES.—V.- ÍNDICE.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PUNTO DE PARTIDA

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificadas por España el 21 de abril de 2008 y en vigor desde el 3 de mayo de dicho año.

SUPONE la Convención la consagración de un cambio paradigmático del enfoque de las políticas sobre discapacidad, al superar definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad y abordarlas desde los derechos humanos¹.

Uno de los principales retos, que plantea la aplicación efectiva de la Convención radica en el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al afirmarse en el apartado 2 de su artículo 12 que «*los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*» y disponer a continuación que «*los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*».

El reconocimiento sin reservas de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deviene esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier derecho, de ahí la importancia del precepto cuyo contenido se refleja en todos los derechos recogidos en la Convención y obliga a plantear si la ratificación por el Estado español de la Convención exige adaptar la normativa al contenido de la misma, y por tanto es necesaria una revisión sustantiva y cualitativa de la actual regulación de la modificación de la capacidad de obrar y de su procedimiento judicial².

En este sentido, la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, otorgó al Gobierno, según su Disposición Adicional Séptima, el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha norma para remitir 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».

Esta necesidad de reforma, se pone de manifiesto en cuanto el órgano encargado del seguimiento de la Convención, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en sus observaciones al Informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, afirma literalmente lo siguiente:

«33. 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.*

34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los régimen de sustitución en la

adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinente»³.

Publica el Boletín Oficial del Estado del día 3 de diciembre de 2013, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁴. Se trata de un texto que, por primera vez, unifica toda la normativa existente en la materia y de una demanda histórica de las personas con discapacidad y sus familias que garantizará que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas y por todas las Administraciones.

Este Real Decreto Legislativo ha integrado en una sola norma, y derogado, la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI), de 1982; la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003, y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de 2007. En su elaboración han participado distintas organizaciones del sector, en especial el CERMI⁵.

Estas normas se han actualizado y armonizado siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello supone el reconocimiento expreso de que son titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio pleno. Se supera, así, el concepto asistencial de décadas pasadas: las personas con discapacidad pasan de ser objeto de tratamiento y protección social a ser considerados ciudadanos libres y titulares de derechos⁶.

Queda, por tanto, la obligación de actuar como Estado, «para adoptar las medidas pertinentes que proporcionen acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»⁷; «una modificación profunda y ambiciosa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y, desde el realismo, establezca un sistema de provisión de apoyos, obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento. En definitiva, un nuevo enfoque, sustantivo y procesal, que se adecúe al nuevo paradigma en la visión de la discapacidad, que sustituya o jubile por obsoletos e impropios modelos sanitarios rehabilitadores o paternalistas, y acomode nuestro Derecho al modelo social que la Convención establece»⁸.

Que la Convención, rompe, con el modelo tradicional, y por tanto la concreción del modelo legal que ha de amparar en el futuro el derecho de quienes no pueden adoptar por sí mismos determinadas decisiones es evidente, y resulta de la comparación del texto del citado artículo 12 con el contenido establecido en el articulado del Código Civil⁹. A la misma conclusión llegamos si lo que tomamos en cuenta es el cauce procesal utilizado para reconocer esta situación¹⁰.

Eje central y clave de las aportaciones que la Convención ofrece, es el concepto de APOYOS, es decir, la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas, surta efectos.

¿Se puede mantener la visión que expresa el artículo 215 del Código Civil que responde a un sistema en el que se reconoce la «incapacidad» en los términos establecidos en el artículo 200?, ¿procede la regulación de «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los incapacitados, mediante: la tutela, la curatela y el defensor judicial?».

II. HACIA UN SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

Reconoce la Convención que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de la capacidad jurídica y establecer las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo (art. 12.4).

En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, que es especialmente preferido como se desprende del artículo 23.4 y 5, hasta el sistema de apoyo asistencial en sus diversas áreas: asistente personal, económico y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente¹¹.

Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas y se deberá tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

Se contempla la posibilidad de una asistencia institucional para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada por una persona de confianza o una red de varias personas, que podrían ser necesitadas ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será la afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, e interpretan las preferencias de la persona discapacitada. Aun cuando una persona que tenga un apoyo más intenso, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad u órgano judicial competente determina que una persona necesita un apoyo intenso para ejercer su capacidad jurídica, y el párrafo 4 del artículo 12, exige la instauración de salvaguardias para protegerle contra el abuso de esos mecanismos¹².

El apoyo, que parte de las capacidades concurrentes en la persona, debe adoptarse de «menos a más», para complementarlas y hacerlas accesibles a las concretas necesidades reales, impidiendo toda generalización que implique sustitución o representación de la capacidad de decisión. Por eso la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero sí impide, los sistemas de tutela clásicos, así recuerda el Preámbulo j), que deben protegerse «los derechos humanos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesiten un apoyo más intenso».

En este sentido el Proyecto de Observación General sobre el Artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento ante la ley, aprobado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su décimo periodo de sesiones, 2 a 13 de septiembre de 2013, afirma que:

«1. La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley. En el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha negado a las personas con discapacidad. *En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.*

3. Basándose en los informes iniciales de los distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, *el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas.* El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los distintos componentes del artículo 12.

4. *La presente observación general refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

[...]

7. *Los Estados deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no está limitado de modo distinto al de las demás personas [...].*

8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica [...]. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que *la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.* La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad).

9. Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones.

No obstante, los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones y la negación de la capacidad jurídica han afectado, y siguen afectando, muchísimo más a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales. *El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.*

Respecto del contenido normativo del artículo 12, destacamos las siguientes afirmaciones:

13. En la mayoría de los informes de los Estados partes que ha examinado hasta la fecha el Comité se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que se considera que tiene consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. *El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.*

15. *El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. «Apoyo» es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades.* Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias).

16. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se describen como un principio general de la Convención «el respeto por la diferencia y la

aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas». En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones.

24. *La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención»¹³.*

¿Tiene encaje en la Convención la tutela que, en nuestro ordenamiento jurídico, determina «la sustitución» de la persona con discapacidad por otro, que pasa a actuar como su representante legal?, ¿incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida conocer su voluntad?¹⁴, y ¿la curatela? ¿Constituyen los mecanismos de apoyo adecuados para garantizar a la persona con discapacidad, su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico?

III. INCAPACITACIÓN PARCIAL Y CURATELA. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La lectura de recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la configuración jurídica de la persona discapacitada, en nuestra opinión y a pesar del tiempo transcurrido desde la ratificación por España de la Convención y de su ulterior integración dentro de nuestro ordenamiento, pone de manifiesto, en el momento actual, la existencia de una línea jurisprudencial tradicional y nada evolutiva¹⁵.

III.1. En la Sentencia del Tribunal Supremo, 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2901)¹⁶, primera oportunidad que tuvo el TS de pronunciarse sobre si la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil son acordes con la Convención de Nueva York, el Ministerio Fiscal entiende que «[...] el tratamiento de las personas con discapacidad está regulado por nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias, al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos. En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la Convención Internacional, pero resulta imprescindible efectuar algunas matizaciones: A) El concepto de discapacidad que señala el artículo 1, «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», podría calificarse como un concepto mínimo y abierto, pues en el Preámbulo de la Convención se indica que «se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad». También en el Preámbulo de la Convención se reconoce, que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las

demás» (Letra e); al tiempo que se reafirma «la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación». Este carácter «dinámico», resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar (art. 12). Con esta definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un proceso en permanente evolución. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: la individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la solución, sobre la base del principio de igualdad de condiciones con los demás; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de «Valores positivos» (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho (art. 5.4). [...]. En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que «[...] La Convención adopta el modelo social de discapacidad que sustituye al modelo médico o rehabilitador, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar». «A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos. [...]».

A partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «[...] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente «el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado», pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

- a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,
- b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,
- c) La obligación de actuar.

Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que «[...] La Convención propugna el cambio del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno». Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: «a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: prestamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. [...]».

Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito [...] que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, «la toma de decisiones con apoyos puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (art. 12.5), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a «nuevas formas» nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse», de modo que «[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos», aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. *Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: «La aplicación del artículo 12 de la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige*

soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre», para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, «[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación»¹⁷.

La Sala antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación, afirma que «debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código Civil, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su artículo 12.

Se trata de determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1.º La Convención, en sus artículos 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el artículo 1, pretende «promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad» de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida esta en el sentido que se ofrece en el artículo 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código Civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el artículo 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. *Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las*

instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes 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 [...].»

2.^º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que solo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 343) donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no solo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

3.^º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona solo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida esta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse; a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí

que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4.^o Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

- a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 (*RJ* 1999, 6938) que declaró que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial». (Así mismo STS de 14 julio 2004 [*RJ* 2004, 5204]).
- b) 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 sus personas 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, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.
- c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (art. 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección»¹⁸.

«Otra cosa distinta, afirma, es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a

las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Esta Sala, en la ya citada sentencia de 5 de marzo de 1947 (*RJ* 1947/343), entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968. La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 de octubre introdujo un sistema protecciónista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación solo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2).

La STC 174/2002, de 9 octubre [*RTC* 2002, 174] dice 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, conlleva 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. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 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 artículo 759 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 presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

De este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

- 1.^º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC.

- 2.^º La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

De acuerdo con los anteriores argumentos, se afirma:

La incapacidad, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. Los argumentos de los recurrentes se enfrentan con las pruebas realizadas en el procedimiento que determinaron la falta de capacidad de la ahora recurrente, de modo que la medida de protección adecuada es el nombramiento de tutor. Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que solo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación»¹⁹.

III.2. En la Sentencia de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (*RJ* 201, 8362), Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías, se desestima el recurso de casación formulado por el demandado y se mantiene el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Para el recurrente en este caso lo procedente es establecer una curatela en lugar de una tutela, y para ello cita el artículo 12 de la Convención y considera que a la luz de esta disposición, la curatela es el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El motivo no se estima.

Se concluye que la decisión de incapacitar de forma limitada, únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque:

- 1.^º Se ha constatado que concurre causa de incapacidad, al quedar probado y por tanto incólume en casación que D. Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica.
- 2.^º Que esta enfermedad le impide gobernarse por sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 de julio, que entiende que «*el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses*». En el presente caso, se ha probado que la enfermedad que padece le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y

operaciones económicas, que llevan a declarar «*la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes*», y que solo es capaz de manejar dinero de bolsillo.

- 3.º Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D. Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Llama en este caso la atención el segundo motivo de denuncia, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil y artículo 234.1 del Código Civil, en relación con los artículos 10, 14 y 20.1 y los artículos 1, 5 y 12 de la Convención, al no aceptar la sentencia recurrida el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela. Tesis que se opone a la debida aplicación de los artículos que se denuncian como infringidos. Según la Convención, debería haberse *sometido a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que se designaba su tutor*.

El motivo se desestima y al mezclar diversa cuestiones, se examinan independientemente:

- 1.º Con referencia al concepto de la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por no aplicación de la convención de Nueva York de 2006, la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapacitados y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.
- 2.º *La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006.*
- 3.º *En la llamada «autotutela», el artículo 223.2 del Código Civil establece que cualquier persona con 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»; consecuencia de ello, el artículo 234.1 del Código Civil establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado.*
- 4.º *Sin embargo, el propio artículo 234.2 del Código Civil establece que «excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere» [...].*

De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la declaración voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección».

III.3. La Sentencia de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 351532)²⁰, desestima el recurso de casación formulado por el demandado y mantiene la curatela como complemento de su capacidad.

«El Ministerio Fiscal había interpuesto demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de D. Miguel, a instancias de los familiares de este último, y propone la designación de curador para que pudiera asistirle en las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Declaró la incapacidad parcial de D. Miguel para las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo, siendo declarado incapaz para conducir y usar armas. Como curador designó al Instituto Tutelar de Bizkaia.

D. Miguel interpuso recurso de apelación que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Argumenta la sentencia de apelación que si bien es cierto que los parientes en su día instantes de la incapacidad manifestaron en la correspondiente audiencia que el recurrente vive de forma independiente de sus padres; que dispone de un domicilio propio; que se han estabilizado sus relaciones con la familia y que se advierte una conducta mucho más ordenada y coherente que la que venía observando con anterioridad, también lo es que del informe forense y del análisis de un cabello del propio recurrente se desprende que «D. Miguel sufre trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente. Estima que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transversales, área de salud y bienes. Del informe se concluye que la incapacidad parcial debe ser mantenida...».

Recurre en casación Miguel.

En el escrito de interposición, tras citar como precepto legal infringido el artículo 200 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita dos Sentencias de esta Sala, a saber, las sentencias de fechas 14 de julio de 2004 y 28 de julio de 1998, las cuales establecen que en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo.

Se desestima.

Las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del Código Civil establece que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es evidente que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se aprueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 de julio de 2004;

como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998», (...) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

Pues bien, 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 realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora, incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones trascendentales, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba. La STS de 29 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 1259/2006), de Pleno, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de 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, relativa a si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Todo ello se cumple en este caso a partir de unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para *que se aplique la curatela, 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, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención».*

III.4. La Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 3948)²¹, estima el recurso de casación formulado por un incapacitado y el propio Ministerio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y

límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo la total por una parcial o curatela.

Había declarado la sentencia de instancia que la persona respecto de la que se acordó la incapacidad tenía reconocida una minusvalía del 65% por enfermedad mental crónica (esquizofrenia paranoide), constando en su historial médico su falta de conciencia de la enfermedad y su actitud negativa al tratamiento psicofarmacológico, con el consecuente grave deterioro de su vida laboral y socio-familiar y el grave descuido de sus necesidades básicas, falta de control para administrar su dinero y patrimonio y conflicto con sus hermanos.

Confirmó la sentencia de apelación la incapacitación total de esta persona ante sus escasas habilidades para su autocuidado (alimentación y manejo de medicamentos), que hacían recomendable la constante supervisión de su persona a fin de garantizar su adecuada alimentación y tratamiento, indispensables para el adecuado control de su enfermedad y para una integración en la sociedad en la forma más plena posible.

Esta decisión de confirmar la incapacitación total fue recurrida ante el Tribunal Supremo por considerar desproporcionada la medida.

La sentencia de la Sala Primera, de la que ha sido ponente el magistrado Seijas Quintana, acuerda que debe cambiarse el régimen de tutela por el de curatela con base en los argumentos expuestos en su Fundamento de Derecho Segundo:

«SEGUNDO. Se cita 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 de 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, algo 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.

Se estiman.

1. Las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009, que cita la de 11 de octubre de 2012, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del Código Civil establece que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es evidente que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 de julio de 2004; como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998, (...) para que se incapacite a una persona no es solo

suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

2. 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 estatus 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.

La STS 29 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rec. núm. 617/2012), en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, señala lo siguiente: «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

3. El demandado padece una esquizofrenia paranoide diagnosticada en la Unidad de Salud Mental del Hospital Comarcal Valedora; no tiene conciencia de su enfermedad ni tiene adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Además, no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero. Existen informes contradictorios de 17 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre de 2009, como reconoce la sentencia. De un lado, se admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Por otra parte, se 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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 deriva de su estado (...».

«FALLAMOS

1. Estimar los recursos de casación formulados por el Ministerio Fiscal y D. Camilo, contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense de 27 de febrero de 2012.

2. Declarar que D. Camilo, es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un 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 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 al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

3. Se mantiene a FUNGA como curador la cual 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».

III.5. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2014 [Roj. 2622, 2014]²², en la que se debate sobre la privación de alimentos de Don A., de 27 años, perceptor de una pensión contributiva por invalidez, tiene esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65%, y su situación personal al estar afectado por una grave situación de discapacidad, se afirma:

«La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y su familia, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. [...] El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayor edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

La Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano [...]. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da la respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los

derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carece de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarla, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

La estimación del recurso de casación, conforme se interesa, determina mantener la pensión alimenticia vigente en favor del hijo Don A., debiendo el padre afrontar asimismo el 50% de los gastos extras de sanidad y formación no cubiertos por la seguridad social, previa justificación, estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: *la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».*

IV. CONCLUSIONES

Tras la lectura de las sentencias transcritas, sin pretender atribuir, por supuesto, a los Tribunales de Justicia la labor asignada al Poder legislativo, pero sí la de aplicar e interpretar la normativa integrada en nuestro ordenamiento, podemos observar que:

I. Nuestro Tribunal Supremo afirma que la normativa española referida a la incapacidad jurídica se ajusta a la Convención, al contar con los instrumentos jurídicos propios de la tutela, la curatela y el patrimonio especialmente protegido. Creemos sin embargo, que la Convención ha abandonado estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de variado carácter, extensión e intensidad.

II. No obstante el tiempo transcurrido y a falta de un cambio en la normativa española, se siguen produciendo pronunciamientos judiciales de «incapacitación», y se insiste en las figuras de la incapacitación total e incapacitación parcial, con todas las connotaciones negativas que, de por sí, las acompañan. En este sentido llama poderosamente la atención que las Sentencias no se hagan eco de las consideraciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, respecto a la posibilidad de establecer unas líneas de aplicación de los principios inspiradores y de los mandatos de la Convención, que podrían servir de guía orientadora en orden a la reforma de la normativa española. Además de considerar la elaboración y aplicación a los casos enjuiciados de la teoría de los apoyos puntuales, lo cual hubiera constituido un importante avance en orden al tratamiento jurídico de las personas discapacitadas en España.

III. Que la curatela constituye un instrumento jurídico dotado del valor de la flexibilidad en orden a la atención de las personas discapacitadas, es inne-

gable, pero que se insista en la figura de la incapacitación parcial, para suplir deficiencias de orden intelectual respecto del gobierno de la persona y de sus bienes, cuando pudiere ser objeto de complementación mediante el sistema de apoyos concretos y puntuales que reconoce el artículo 12 de la Convención es categórico, y más para supuestos como el descrito en la STS 11 de octubre de 2012, «trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia de alcohol y trastorno depresivo reactivo».

IV. Que la institución de la curatela cumple la función que podría asignarse a la instauración de apoyos puntuales, máxime cuando, todavía, la normativa española no se ha adaptado a los principios y directrices de la Convención, también resulta cierto, pero mantener instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan abiertamente, con los mandatos de la Convención, no nos parece correcto.

V. La obligación de los Estados es reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones, ello exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

VI. Se han desaprovechado importantes ocasiones para dejar marcado un posicionamiento jurisprudencial sobre una materia de tanto interés y trascendencia, desde una perspectiva jurídica y social, como es el de la consideración de las personas discapacitadas a la luz de los derechos fundamentales que les corresponden en igualdad de condiciones que a las personas que no se hallan afectadas por la discapacidad.

VII. En todo caso, los principios del superior interés de la persona con discapacidad y promoción de la progresiva autonomía personal de esta, han de ser los principios inspiradores en materia de protección de la discapacidad. Junto a ello, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, han de garantizar la adecuación de las medidas de protección a la situación real de cada persona con discapacidad, con lo que las restricciones del ejercicio de sus derechos solo serán justificables en la protección de su interés y en la promoción de su autonomía.

V. ÍNDICE

- STC de 9 de octubre de 2002
- STC de 14 de febrero de 2011
- STS de 5 de marzo de 1947
- STS de 13 de mayo de 1960
- STS de 25 de marzo de 1961
- STS de 17 de abril de 1965
- STS de 6 de febrero de 1968
- STS de 19 de mayo de 1998
- STS de 28 de julio de 1998
- STS de 26 de julio de 1999
- STS de 16 de septiembre de 1999
- STS de 20 de noviembre de 2002
- STS de 14 de julio de 2004

- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 29 de septiembre de 2009
- STS de 11 de octubre de 2009
- STS de 17 de julio de 2012
- STS de 11 de octubre de 2012
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 18 de junio de 2014

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M. (2011). Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Documentos_de_interes/Guias_y_Protoocolos/Guia_de_buenas_practicas_sobre_el_acceso_y_tutela_de_los_derechos_de_las_personas_con_discapacidad_en_sus_relaciones_con_la_administracion_de_justicia_a_la_luz_de_la_convencion_de_la_ONU_y_de_las_Reglas_de_Brasilia
- ANGUITA RÍOS, R. (2013). La protección del discapacitado no incapacitado. *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.
- BERCOVITZ, R. (1976). *Derecho de la Persona*. Madrid: Montecorvo.
- CABRA DE LUNA, M. A. (2007). *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- CERMI, Convención ONU, Cuadernos de Trabajo núm. 7/España. Tomo 1: Derecho común en Colección Capacidad Jurídica y Discapacidad, disponible en: www.convencióndiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_España.pdf
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). La incapacitación en el Marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Comentario Sentencia del TS de 29 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Civil y Mercantil), Vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555-590.
- DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, pp. 11-48.
- DÍAZ ALABART, S. (2009). La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las Personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 17, pp. 1989-2008.
- ESCALONA LARA, J. M.^a (2014). La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013. *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 466-471.
- GANZENMÜLLE ROIG, C. y PAZ RUBIO, J. M.^a (2009). Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el Derecho Interno. *Estudios Jurídicos*, núm. 2009.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 diciembre 2006*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de

- los Estados signatarios: El caso de España. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 1, pp. 59-147.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar. *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 22, pp. 11-22.
- MALAURIE, Ph. et AYNES, L. (2009). *Droit civil. Les Personnes. La Protection des Mieurs et de Majeurs*. Paris: Defrénois.
- MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133, pp. 2-37.
- MAZA DOMINGO, J. Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 del modificación del Código Civil de Cataluña. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Código-Catalunya_11_258055003.html.
- PEREÑA VICENTE M. (2011). La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica. En J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Vol. 1. Madrid: La Ley, pp. 1071-1080.
- (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿el inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, M.^a C. (2009). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 335-368.
- (2013). Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, pp. 351-369.
- ROMERO GALLARDO, A. (2011). Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Diario La Ley*, núm. 7591.
- SILLERO CROVETTO, B. (2012). Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el sistema jurídico español. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 139-162.
- SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad. Madrid, 13 de junio. Disponible en: <http://www.notariosyregisradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm>
- TORRES GARCÍA, T. (2012). La persona y el Derecho Civil. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 163-173.
- TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La incapacitación. En: M.^a C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson-Reuter, pp. 53-118.

- TORRES GARCÍA, T. (2013). Efectos de la incapacitación. En: M.^a C. Gete-Alonso y Calera (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson-Reuter, pp. 123-170.
- VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: Comentario a la STS (Sala 1.^a) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012. *Diario La Ley* núm. 8006, 22 de enero.

NOTAS

¹ Cuando nos referimos a personas con discapacidad, lo hacemos desde la perspectiva que establece el artículo 1 de la Convención, «*Aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*». Estamos, como afirma CABRA DE LUNA, M. A. (2007), ante una definición que no es cerrada, enumerativa, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas; ante un concepto social de la discapacidad que evoluciona e interactúa, en *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

La Fiscalía General del Estado en la Instrucción núm. 4/2009 de 29 de diciembre, afirma que «Esta Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

El artículo 4.1 del 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, reproduce literalmente el artículo 1 mencionado y añade en el apartado 2 que: «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Define el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, a los efectos de esta Ley la *Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*.

Sobre el impacto de la Convención, *vid.*: CERMI Convención ONU, Cuadernos de Trabajo núm. 7/España. Tomo 1: Derecho común» en Colección *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf; AGUIRRE ZAMORANO, P y TORRES VELA, M. (2011). Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, disponible en: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Disapacidad/Documentos_de_interes/Guias_y_Protocolos/Guia_de_buenas_practicas_sobre_el_acceso_y_tutela_de_los_derechos_de_las_personas_con_discapacidad_en_sus_relaciones_con_la_administracion_de_justicia_a_la_luz_de_la_convencion_de_la_ONU_y_de_las_Reglas_de_Brasilia; MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133, pp. 2-37; GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica, en J. Pérez de

Vargas (dir.). *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, vol. 1. Madrid: La Ley; ROMERO GALLARDO, A. (2011). Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Diario La Ley*, núm. 7591; PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2009). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 335-368, (2013). Sentencia de 11 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, pp. 351-369.

² Vid. TORRES GARCÍA, T. (2012). La persona y el Derecho Civil. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 163-173; SILLERO CROVETTO, B. (2012). Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el sistema jurídico español. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 139-162; GARCÍA PONS, A. (2013), El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 1, pp. 59-147; GANZENMÜLLE ROIG, C. y PAZ RUBIO, J. M.^a (2009), Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su efectos en el Derecho Interno, en *Estudios Jurídicos*, núm. 2009; SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, (2012). Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid, 13 de junio de 2012, disponible en www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999), Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar. *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 22, pp. 11-22; BERCOVITZ, R. (1976). *Derecho de la Persona*, Madrid: Montecorvo.

³ El texto íntegro de las observaciones, se puede consultar en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>

El 17 de septiembre de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el *Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, con el objetivo de adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En su virtud se modifican determinados preceptos de normas como: el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; el Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil; el Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz Básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico; el Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres; el Reglamento de organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944; el Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y transplantes de órganos y tejidos; el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación. El almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas

de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

⁴ Real Decreto y Texto Refundido que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*.

⁵ Según ha declarado el presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi), Luis CAYO PÉREZ BUENO, «no es una ley de nueva planta, pero sí un avance en la legislación», ya que responde al mandato de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶ Por ello, se incluye un título dedicado a los derechos de estas personas. Por primera vez, incorpora su protección en todos los ámbitos, desde la igualdad de oportunidades hasta la atención sanitaria, la educación y el empleo. En el ámbito de la protección de la salud se establecen principios y normas de coordinación de las distintas actuaciones públicas para la prevención de la discapacidad. Además, las Administraciones tendrán que desarrollar las actuaciones necesarias para llevar a cabo una atención sociosanitaria, de forma efectiva y eficiente. Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, además de valorar las limitaciones y barreras a las que se enfrentan a las personas con discapacidad, valorarán también sus capacidades y habilidades. En el ámbito de la educación, se asegura un sistema educativo inclusivo. Se trata de atender las distintas necesidades del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de los apoyos y ajustes correspondientes. En el ámbito del empleo, se clasifican por primera vez los tipos de empleo a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo: 1) Empleo ordinario, de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo. 2) Empleo protegido: en centros especiales de empleo y enclaves laborales y 3) Empleo autónomo. Además, la norma incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso, con el fin de completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones: Discriminación directa es la situación en la que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra por razón de su discapacidad: Discriminación indirecta existe cuando una disposición legal o una cláusula contractual, aparentemente neutras, pueden ocasionar una desventaja a una persona por razón de su discriminación: Discriminación por asociación se da cuando una persona o grupo es objeto de trato discriminatorio por su relación con una persona con discriminación. Por ejemplo, si se discrimina a un trabajador o trabajadora que es padre de una persona con discapacidad y solicita un permiso para atenderla y Discriminación por acoso es toda conducta que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona con discapacidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante o humillante. Asimismo, se refuerza la consideración especial de la discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta situación de acusada vulnerabilidad. En este sentido, se protegerá de manera singular a las niñas, niños y mujeres con discapacidad.

⁷ La Disposición Final 1.^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (*BOE* del 26), de Reforma de la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, insta al Gobierno para que «en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasará a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad adoptada por naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». La ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el *BOE*.

⁸ Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, «*Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad*», Madrid, a 13 de junio de 2012. Disponible en www.notariosyregisradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm

No podemos, por otra parte, obviar, que en países de nuestro entorno internacional han ido adaptando sus modelos a una nueva realidad. Alemania, orientó la reforma por el principio de necesidad y de intervención mínima; en Italia mediante la «amministrazione di sostengo». El Código Civil francés establece la «sauvegarde de justicie». Ph., MALAURIE, en referencia al derecho francés después de las leyes 3 de enero de 1968 y 5 de marzo de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, pone de relieve como «el legislador francés reemplaza el término incapacitado «juzgado humillante» por el de personas protegidas dedicándose a estos mayores protegidos los artículos 414-515 del Code, si bien, por las características de la reforma, esta se extiende a otras instituciones del Derecho civil francés como son el ámbito social, hospitalario, incluso se ha apuntado la emergencia de un derecho gerontológico debido a la amplitud y diversidad de la reforma realizada», en MALAURIE, Ph. et AYNES, L. (2009), *Droit civil. Les Personnes. La Protection des Majeurs et de Majeures*. París: Defrénois, p. 223.

Y en nuestro país, en Cataluña, se mantienen las figuras tradicionales de tutor y curador, y se genera una nueva «de la asistencia», Vid. MAZA DOMINGO, J. *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 del modificación del Código Civil de Cataluña*. http://www.elderecho.com/civil/Principales-Libro-Segundo-Código-Catalunya_11_258055003.html. Sobre el asistente en Derecho catalán, ANGUITA RÍOS, R. (2013), afirma que «se consigue por un lado, la intervención judicial sin necesidad de incapacitar a la persona y, por otro lado, el respeto a la capacidad del asistido previendo que los beneficiarios de esta medida puedan acometer válidamente todos los actos de la vida cotidiana aun cuando sean asignados al asistente», en La protección del discapacitado no incapacitado, *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.

⁹ El Título IX, del Libro I «De las personas», se denomina «De la incapacitación». El artículo 199, dispone que «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley» y el 200 establece que «son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Vid. TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO A. (2013). La incapacitación, en M.^a C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II. Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuter, pp. 53-121.

¹⁰ Encontramos la misma terminología en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular los «Procesos sobre la capacidad de las personas», en los artículos 757-762. *El Tribunal Constitucional (Sala primera) en Sentencia 7/2011, de 14 de febrero (RTC 2011/7)*, en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, ha puesto de manifiesto que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 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. 10.1 CE). En consecuencia la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidos legalmente que, en la medida en que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al artículo 24 CE» (Por todas STC 174/2002, de 9 de octubre (RTC 2002/174).

¹¹ Propone S. Díaz Alabart (2009), «un cargo que podría denominarse «colaborador tuitivo, que podría desempeñar un familiar cercano o un agente social, sería la persona encargada de velar por el discapacitado sin ser ni su representante ni su curador. El rasgo esencial de esa figura sería contar con el consentimiento del propio discapacitado para su constitución, si bien sería lo adecuado algún tipo de control externo que podría ser administrativo», en la Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 17, 1989

y sigs. *Vid.* ANGUITA RÍOS, R. (2013). La protección del discapacitado no incapacitado, *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.

¹² Cobra un gran interés el estudio de las salvaguardias que se determinen para garantizar que el procedimiento de modificación de la capacidad y la determinación de los apoyos, se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro. Salvaguardias que implican, no solo que la persona deba ser oída y examinada por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados. También exige la necesidad de indagar cual es el verdadero interés de la persona con discapacidad para procurarle la máxima autonomía. Y consecuencia directa del carácter dinámico del concepto de discapacidad, tanto en relación a las personas, como de los apoyos, se hace necesario revisar periódicamente su estado y condiciones de futuro para evitar situaciones de abandono crónico que cercenen su real incorporación a la sociedad o alcanzar el adecuado nivel de independencia que pudiera corresponderles.

¹³ El texto íntegro de la Observación se puede consultar en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc

¹⁴ La necesidad de una profunda revisión del Derecho español, por imperativo legal, la reconocen los vocales del Consejo General del Poder Judicial, AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M. (2011), en Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad. *Op. cit.*, pp. 9-11. *Vid.* PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿el inicio del fin de la incapacitación?, *Diario La Ley*, núm. 7691.

¹⁵ VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: Comentario a la STS (Sala 1.^a) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 26/2012, *Diario La Ley* núm. 8006, 22 de enero.

¹⁶ Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación ROCA Y TRÍAS. La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Salamanca, de 9 de julio de 2000, «llega a la conclusión de que D.^a Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, *procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor*, artículos 210, 215 y 222.2 del Código Civil y 760 LEC, en consonancia con los artículos 10 y 49 CE. Añade que si bien la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad, «solo cabe limitarla en supuestos como el que nos ocupa porque D.^a Victoria por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, compra, 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 la protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece [...]».

D.^a Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos, Alberto, D.^a Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006 (2006/237085) desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada.

Vid. DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). La incapacitación en el Marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Sentencia del TS de 29 de abril de 2009, en M. Izquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555 y sigs.

¹⁷ La Instrucción núm. 4/2009 de 29 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, pone de manifiesto como en los últimos años la Fiscalía General del Estado, ha desarrollado ampliamente el papel protector del Ministerio Fiscal en relación con las personas con discapacidad o desvalidas, estableciendo criterios generales de actuación que se han recogido en diversos documentos. Documentos a través de los cuales se ha venido promoviendo y dinamizando la respuesta eficaz que la sociedad reclama del Ministerio Fiscal en su fun-

ción de protector de las personas con discapacidad, que en estos momentos —hasta que se produzcan las reformas legislativas que propugna la Convención— han de estructurarse necesariamente sobre los instrumentos legales vigentes. Por ello, entre los objetivos de esta Instrucción se encuentra el establecimiento y organización de un sistema de atención especializada en la protección de las personas con discapacidad (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales).

¹⁸ Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el Código Civil del Québec, cuyo artículo 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse («prendre soin de lui-même») es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 de enero de 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada «amministrazione di sostengo» (art. 404 Codice civile) y la incapacitación (arts. 414 y sigs.). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el artículo 491 un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de «sauvegarde de justice». Prevé también la tutela (art. 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la ley núm. 68-5 de 3 de enero de 1968.

4. El BGB reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (1) establece (traducido) que «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal solo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad»; a continuación el § 1902 BGB establece: «Representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él».

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código Civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5.^º de esta sentencia.

¹⁹ Los mismos términos se reconocen en la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, «Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas». Texto disponible en www.fiscal.es

Estos argumentos son reiterados y recogidos literalmente en la actualidad en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales. Ejemplos son: SAP Cuenca (Sección núm. 1) de 16 de enero de 2014 [Roj: 20/2014]; SAP Gijón (Sección núm. 7) de 21 de febrero de 2014 [Roj: 553/2014]; SAP Palma de Mallorca (Sección núm. 4) de 5 de marzo de 2014 [Roj: 411/2014]; SAP La Rioja (Sección núm. 1) de 17 de marzo de 2014 [Roj: 166/2014]; SAP Gijón (Sección núm. 7) de 21 de marzo de 2014 [Roj: 709/2014]; SAP Burgos (Sección núm. 2)

de 30 de abril de 2014 [Roj: 357/2014] y SAP Valencia (Sección núm. 10) de 12 de mayo de 2014 [Roj: 1466/2014]. En todas ella se insiste en diferenciar incapacidad total o plena e incapacidad parcial, y a partir de ello el régimen de tutela o curatela. *Vid.* S. DE SALAS MURILLO, (2013). Repensar la curatela, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 15 y sigs.

²⁰ Ponente Excmo. Sr. D. José A. SEIJAS QUINTANA. *Vid.*, VARELA AUTRÁN, B. (2013), Incapacidad. Curatela... Comentario a la STS (Sala 1.^a) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012, cit, *Diario La Ley*, núm. 8006.

²¹ *Vid.* ESCALONA LARA, J. M. (2014). La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, *Actualidad Civil*, núm. 4, 466-470.

²² Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA. En el recurso es parte el Ministerio Fiscal, aunque no lo fue en el procedimiento con anterioridad, en defensa de los intereses de Don A. y en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional que atribuye el artículo 124 CE, que adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostentan la condición de «personas con discapacidad», según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas.