

Cataluña, declarando vehicular la catalana en contradicción con la Constitución, con el recurso sobre el Estatuto y la sentencia sobre aquel (vid. nuestro trabajo, *El Estatuto de Cataluña. Una meditación sobre España*, 2011).

Otro tanto diríamos sobre la efectividad de la reforma laboral, con relación al Estatuto de los Trabajadores, analizado por GONZÁLEZ PÉREZ. Estimamos nosotros que la dignidad de la persona humana se pone a prueba, en muchas situaciones jurídicas, cuando falta la claridad en la norma. Porque, diría ORTEGA Y GASSET: *en el fondo de aquella carencia subyace una injusticia.* La gran virtud de la obra de GONZÁLEZ PÉREZ está enriquecida, de seriedad, de rigor, de búsqueda de la verdad y de la naturalidad (lo que no sabemos es si esto resultaría «políticamente correcto» para algunos gobernantes).

* * *

VIVAS TESÓN, Inmaculada: *Más allá de la capacidad de entender y querer (Un análisis de la figura italiana de la Administración de apoyo y una Propuesta de reforma del sistema tuitivo español)*. Observatorio Estatal de la Discapacidad. Olivenza (Badajoz) 2012, 125 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

Es el trabajo ganador de la primera edición del Premio de Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad. La autora, Profesora Titular de Derecho Civil de Sevilla, se ha especializado en el tema (1) y realiza un estudio de la legislación extranjera (en particular, la Ley italiana 6/2004, de 6 de enero), en un delimitado marco comparativo de Derecho Europeo continental (en concreto, francés, austriaco y alemán, pues la referencia inglesa es más bien testimonial), con la finalidad de proyectarlo sobre el Derecho vigente del Código Civil español, aunque presta también atención a los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil catalán. En definitiva, se apoya en el fenómeno de la circulación de modelos tuitivos en el ámbito territorial indicado, con la expresa finalidad de reformar el nuestro. Un correcto y valioso ejemplo de microcomparación. Todo ello de máxima actualidad, pues nuestro país se encuentra inmerso en un procedimiento de adaptación integral de su normativa interna a los principios de la Convención Internacional de Nueva York de 2006, iniciada ya por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, reclamado por la STS (Sala 1.^a), de 29 de abril de 2009, y actualmente intensamente debatido en nuestra doctrina.

Además de exponer los antecedentes de la Ley italiana, observa la autora que esta se ha anticipado propiamente al propósito de la Convención Internacional de 2006, pues siguiendo el ejemplo alemán y austriaco reforma el Derecho vigente en

(1) *La protección económica de la discapacidad* (Barcelona, 2009); *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos* (Madrid, 2010). A lo que deben sumarse artículos de revistas, españolas y extranjeras y colaboraciones en obras colectivas en temas como el patrimonio protegido, las barreras arquitectónicas y la PH, el reconocimiento de la minusvalía y sus efectos civiles, la autotutela, la tutela aquiliana en las relaciones familiares, etc.

el *Codice civile* de 1942 para tener en cuenta, en lo máximo posible, la capacidad del beneficiario, sus deseos y opciones existenciales, asegurándole una protección adecuada, menos drástica e invasiva y ajustada a la concreta necesidad de ayuda de la persona. En concreto, la ley consta de 20 artículos que reestructuran el Título XII del Libro I del Código Civil de 1942, que pasa a denominarse *De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía*; el cual se subdivide, a su vez, en dos capítulos: el primero que lleva por rúbrica *De la administración de apoyo*, y el segundo titulado *De la incapacitación total, de la incapacitación parcial y de la incapacidad natural*, en el cual se acogen, aunque resultan sensiblemente modificados los antiguos artículos 414 a 431 del Código Civil.

La ley conserva las figuras de la *interdizione* (incapacitación judicial total) y la *inabilitazione* (incapacitación judicial parcial), manteniendo sus denominaciones, realizando breves modificaciones para mitigar su anterior rigidez, como: a) se establece el carácter facultativo de la incapacitación judicial; b) esta no puede adoptarse con el fin de salvaguardar los intereses de sus familiares o de otras personas; c) se amplía la legitimación activa para solicitarla, al propio interesado y al conviviente de hecho; d) con un criterio más amplio, el juez elige ahora a la persona más idónea para el cargo, entre los sujetos y con los criterios del artículo 408; y e) en la sentencia se puede autorizar al incapacitado realizar válidamente algunos actos, incluso de naturaleza no patrimonial. También se conserva el régimen de la anulabilidad de los actos celebrados por un sujeto incapaz natural (arts. 428 y 1425.2.^º CC).

La novedad estrella de la Ley de 2004 es la *amministrazione di sostegno* (administración de apoyo), inspirada, sin duda, en los modelos austriaco y alemán, que constituye un instrumento dúctil, pues consiente al juez tutelar adoptar medidas protectoras de la persona sin privarle de la capacidad general de obrar o, en su caso, afectarle lo menos posible. Así, de una situación generalizada de incapacidad se pasa a una condición general de capacidad, introduciéndose un sistema de protección más elástico y flexible, proporcionado a las condiciones del beneficiario e idóneo para responder a las diversas necesidades que derivan de las distintas situaciones de debilidad y fragilidad; es decir, un traje a medida, no preconfeccionado sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona, que permita al beneficiario vivir la mejor vida posible. Al incardinarse su regulación en el cuerpo normativo del Código Civil, le ha otorgado mayor visibilidad que si hubiera optado meramente por una ley especial; y al preceder a los capítulos de la incapacidad total, parcial y natural, es la prueba de su papel preeminente y privilegiado. Aunque el artículo 1.^º de la Ley (2) no se haya incorporado al Código Civil, la doctrina considera que no se trata de una norma programática, sino vinculante para el Juez tutelar, y así la ha entendido la sentencia de la *Corte di cassazione* de 12 de junio de 2006 (la primera pronunciada sobre esta figura).

La autora sintetiza así las *novedades principales* de la Ley de 2004 (3): 1) Se dulcifica el lenguaje, percibiéndose, con ello, un cambio de la imagen social y también jurídica de la persona con discapacidad; 2) Se amplía el ámbito de los posibles beneficiarios; 3) Se revalorizan los espacios de autonomía y voluntad

(2) *La presente ley tiene por finalidad proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente.*

(3) *Op. cit.*, pág. 56 y sigs.

de las personas, aunque sean reducidos, conduciendo a convertirle en sujeto activo de la sociedad; y 4) Se cuidan de los intereses personales y no solo patrimoniales del beneficiario. Así como los siguientes efectos personales: 1) La regla es que el beneficiario conserva la capacidad de obrar y solo excepcionalmente en los casos determinados por el juez se hace precisa la intervención del administrador de apoyo; 2) El propio interesado puede solicitar el nombramiento de tal administrador; 3) El beneficiario está legitimado para realizar, por sí solo, todos los actos de la vida cotidiana para satisfacer sus propias necesidades; 4) El administrador de apoyo actúa siempre bajo el control del juez tutelar, quedando obligado a observar la diligencia de un buen padre de familia, debiendo rendir cuentas de su gestión respondiendo de los daños causados por culpa o negligencia; 5) El administrador debe informar al beneficiario sobre las actuaciones ya realizadas y las pendientes; 6) Si entre ellos hay discrepancia, el juez tutelar resuelve; 7) Principio fundamental es que el administrador de apoyo debe actuar teniendo en cuenta las exigencias y aspiraciones del beneficiario. Prudentemente concluye la autora (4) que para evitar que la nueva medida se transforme en una simple forma de incapacidad, habrá que superar los viejos esquemas basados en la contraposición capacidad/incapacidad, y confiar en la sensibilidad de los jueces y de cuantos intervienen en su funcionamiento.

La autora profundiza en el *nomen iuris* o denominación de la nueva figura, y expone su opinión personal (5): Considera muy desacertado el uso de la palabra *administración*, pues si bien da la impresión de una medida que protege a la persona sin reprimirla (*melius*: oprimirla) evoca, de inmediato, la idea de gestión de los intereses patrimoniales de la persona necesitada de protección, a modo de *contable*, más que de sus intereses personales, idea de la cual se pretende huir. Tal vez, junto a la palabra *apoyo*, hubieran sido más adecuadas las palabras *asistencia* (como Cataluña, si bien dicho término, tal vez, podría generar algún equívoco con la curatela), *colaboración, acompañamiento, refuerzo, guía, auxilio* (así: *asistente de apoyo, colaborador de apoyo, acompañante de apoyo, refuerzo de apoyo, guía de apoyo, auxiliar de apoyo*) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica. Por el contrario, el término *apoyo* sí resulta muy adecuado, además de ser utilizado por la Convención de 2006, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí sólo. Responde, por tanto, a la finalidad la visión terapéutica o estimuladora de la persona perseguida por la nueva figura jurídica. Se habla también acertadamente de *beneficiario*, no de *enfermo* ni de *incapaz*. Utilizando una gráfica imagen de CENDON, la administración de apoyo viene a ser el bastón para la persona que se ha torcido el tobillo o la barra para quien quiere viajar tranquilamente en el autobús. Por todo ello resulta lógica la conclusión de que esta figura se encuentra en perfecta sintonía con el espíritu de la Convención de Nueva York, ajustándose al modelo social de discapacidad, cumpliendo el artículo 12.4 de la misma, anticipándose así, incluso, a su promulgación (6), por lo cual, a su juicio, este país ya no tendrá que adaptar su derecho interno a aquella.

En Derecho italiano las principales notas distintivas de la administración de apoyo son, según la autora, las siguientes: 1) Elasticidad y flexibilidad frente a la rigidez y el enjaulamiento (*sic*) de la incapacitación judicial, pues el administrador

(4) *Op. cit.*, pág. 58.

(5) *Op. cit.*, pág. 61.

(6) *Op. cit.*, pág. 62.

de apoyo no tiene poderes predeterminados por la ley como el tutor; 2) Proporcionalidad de la medida, ajustada a las condiciones del beneficiario; 3) Idoneidad y adecuación del remedio; y 4) Protectora de la persona en su integridad y no exclusivamente de su esfera patrimonial.

Unos años de prueba del funcionamiento de la nueva figura le permiten a la autora reconocer, con sano realismo, el difícil trazado de la línea fronteriza entre administración de apoyo e incapacitación judicial, que ha conducido a que el inicial entusiasmo con que se acogió la Ley de 2004 haya decrecido ante la incertidumbre fuertemente sentida por los operadores del derecho ante la opción por una de ellas. Pero ni la doctrina jurídica ni la jurisprudencia han conseguido ofrecer una solución clara y plenamente satisfactoria (7). A la pregunta de cuál es el orden jerárquico entre tales instituciones tuitivas, parece concluirse que queda a la discrecionalidad del juez. En conclusión (8), la autora menciona a título de ejemplo: 1) Un criterio funcional o finalista (así STS de 12 de junio de 2006) atendiendo al tipo de actividad que debe ser realizada en nombre del beneficiario, teniéndose en cuenta el costo y simplicidad del procedimiento, consistencia y entidad del patrimonio a gestionar, complejidad de las operaciones a desarrollar y existencia de una vida social del beneficiario. Así resulta que el riesgo de dañarse a sí mismo o a terceros con independencia del mayor o menor grado de enfermedad o de imposibilidad del sujeto de atender a sus propios intereses, parece ser la línea divisoria entre la administración de apoyo y la incapacitación. 2) Un criterio instrumental (STS de 22 de abril de 2009) que alude a las actividades a desarrollar y también a la idoneidad de la administración de apoyo para realizarlas, teniendo en cuenta no solo la actividad a realizar, sino la actitud del beneficiario en no discutir los resultados obtenidos por el administrador de apoyo. 3) Un criterio cuantitativo, que considera la gravedad y la duración de la enfermedad. Todo ello inspirándose en conservar, en todo o parte, la capacidad de obrar de la persona, valorándose al máximo cada espacio de la autonomía del beneficiario, con exclusión de remedios invasivos, salvaguardando la autodeterminación del sujeto en dificultad, al menos para designar el administrador de apoyo, solicitar la medida e indicar sus concretas necesidades.

En los sujetos beneficiarios de la administración de apoyo han de concurrir las siguientes circunstancias: 1) Enfermedad o minusvalía física o psíquica; 2) Imposibilidad (parcial o total, temporal o permanente) de gestionar autónomamente los propios intereses, personales o patrimoniales; y 3) Mayoría de edad (se incluyen a los menores en el último año de su minoría). Se ha venido a iluminar la anterior zona de sombra en la que anteriormente se encontraban las personas que no sufrían de una enfermedad grave que justificase la incapacitación judicial, pero que no gozaban de buena salud psicofísica como para actuar por sí solas (9). En principio, no se aplica a los extranjeros salvo reenvío de su ley personal o en caso de urgencia (Italia no ha ratificado el Convenio de La Haya de 2000, sobre protección internacional de adultos, aunque es previsible lo haga

(7) *Op. cit.*, pág. 65.

(8) *Op. cit.*, pág. 69.

(9) Se aplica a sujetos afectados por cualquier disfuncionalidad o debilidad psíquica y/o motora, como las personas analfabetas, encarceladas, alcohólicas, ludópatas, tóxicodependientes, anoréxicas o bulímicas, depresivas, con síndrome de Down, invidentes, ancianas con patología de tipo degenerativo o, sencillamente, debilitadas por la edad y fácilmente sugestionables por terceros, las personas hospitalizadas por períodos prolongados de tiempo y sin parientes, etc. (*op. cit.*, pág. 76).

próximamente). La doctrina italiana (CENDON, Rossi) se muestra también partidaria de aplicar la administración de apoyo a las personas que tengan alguna dificultad de relación o de gestión, y, por tanto, a los inmigrantes recién llegados al país con permiso de residencia.

En el decreto de nombramiento judicial del administrador de apoyo se determinará: el tiempo de duración del encargo, el objeto del mismo, los actos que el administrador tiene el poder de cumplir en nombre y por cuenta del beneficiario, los actos que el beneficiario puede realizar sólo con asistencia del administrador, límites, incluso periódicos, de los gastos que el administrador puede realizar utilizando sumas del beneficiario, periodicidad de los informes del administrador sobre la actividad desarrollada y las condiciones de vida personal y social del beneficiario. A juicio de la autora, el artículo 409 muestra que la administración de apoyo es una medida no amputativa sino ortopédica: *El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieren la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. El beneficiario de la administración de apoyo puede, en todo caso, cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana.* Y lo auténticamente novedoso es el diálogo frecuente que debe existir entre el beneficiario y el administrador de apoyo, único modo de atender sus deseos y anhelos vitales, y hacer posible el ejercicio de su libertad y dignidad. El *amministratore di sostegno* suele ser, preferentemente, una persona del entorno familiar, designado por el propio interesado, o por el juez, aunque por razones graves podrá éste elegir a otro. El nombramiento del administrador tiene una duración de diez años, pero si se trata del cónyuge o pareja de hecho dura indefinidamente. Los actos realizados, bien por el administrador de apoyo, bien por el beneficiario, infringiendo las normas o las disposiciones contenidas en el decreto de nombramiento, son anulables a instancia del administrador, del MF, del beneficiario o de sus herederos, prescribiendo la acción a los cinco años, a contar desde el cese del régimen de la administración de apoyo. El administrador puede ser suspendido, removido o condenado a una indemnización de daños y perjuicios respecto a las irregularidades o negligencias del administrador de apoyo. Concluye la autora que junto a la nueva lógica respetuosa de la persona y centrada en sus potencialidades y no en su falta de autonomía, el éxito de este nuevo instrumento de protección en Italia radica en un procedimiento judicial para designar el administrador de apoyo muy ágil, rápido e informal, de carácter esencialmente gratuito y con posible exoneración de defensa técnica, completado con el mayor control efectivo por parte de la autoridad judicial para evitar situaciones anómalas o abusivas (10).

En un apartado final que, modestamente, intitula *Atrevidas consideraciones de «leye ferenda» para una reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas* (11), expresa algunas consideraciones conclusivas que pudieran ser útiles para una futura reforma de nuestro sistema tutivo de las personas no autónomas. Advierte que nuestra normativa no se encuentra tan desfasada como lo estaba la italiana con anterioridad a la Ley de 2004, y persiguiendo su objetivo individualiza las siguientes directrices:

1. Se debería continuar con la dulcificación del lenguaje jurídico, suprimiendo ciertos términos despectivos y estigmatizantes y acuñando uno único comprensivo de todas las situaciones en las cuales la persona

(10) *Op. cit.*, pág. 81 y sigs.

(11) *Op. cit.*, pág. 85 y sigs.

- se encuentra privada de autonomía para gestionar sus propios intereses. Sugiere el de *personas vulnerables* o *personas privadas de autonomía*.
2. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y protección, poniendo todo el énfasis en la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados.
 3. El Derecho ha de cumplir una finalidad terapéutica, partiendo de la capacidad de la persona, que debe valorarse y potenciarse al máximo.
 4. Con carácter urgente debe darse debida protección jurídica a aquellas personas cuya vulnerabilidad no entra dentro de la incapacidad judicial, ofreciéndoles un asistente, un *ángel de la guarda*.
 5. La reforma del sistema tutitivo debería inspirarse, por un lado, en la máxima personalización, flexibilidad y proporcionalidad de los medios de protección, y, de otro, en la subsidiariedad y residualidad de la incapacidad, si se mantiene.
 6. De optar por la coexistencia de múltiples medidas de protección, deben definirse con suma precisión los contornos de cada una de ellas.
 7. Si se opta por no introducir nuevas medidas, sería aconsejable asimilar la normativa de la persona judicialmente incapacitada a la de la minoría de edad.
 8. Podría regularse la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de adecuada protección a la persona necesitada de ayuda.
 9. Propugna una publicidad restringida de las resoluciones judiciales atinentes a la capacidad de las personas.
 10. Es necesario dotar a los procedimientos relativos a la capacidad de agilidad y gratuidad, sin detrimento de las máximas cautelas y garantías.

La obra se completa con un triple anexo legislativo, jurisprudencial y bibliográfico.

Como valoración general cabe decir que se trata de una valiosa aportación doctrinal a la tarea pendiente de transponer la Convención de Nueva York de 2006 a nuestro ordenamiento. Sin duda, cabe conjeturar que estará sobre la mesa de trabajo de quienes la realicen, a la vista del papel atribuido al Observatorio Estatal de la Discapacidad por el apartado 12 del artículo 1.^º de la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Más aun, animaría a la autora a hacer el seguimiento de la ley italiana de 2004, para que podamos beneficiarnos plenamente de la experiencia del entrañable país transalpino.

Personalmente pienso que el sí o no a la *amministrazione di sostegno* se enmarca en el tema general de la reforma de la tutela en el Código Civil, abarcando tanto lo que recae sobre menores como sobre *personas vulnerables* (para seguir la terminología propuesta por la autora) tema sobre el cual hay amplia bibliografía (12). Probablemente no se han logrado culminar los últimos objetivos de la reforma de 1983, que fue precedida, como se sabe, por muy estimables estudios doctrinales. No parecería prudente acometer una nueva reforma sin analizar las

(12) GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», publicado en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado* (Valencia, 2003), y recogido en *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pág. 641 y sigs.; GARCÍA CANTERO, *La tutela de menores e incapacitados en Bélgica (un apunte de Derecho Comparado)*, «Hom. Puig y Ferriol» (Valencia, 2006), pág. 1367 y sigs. Por razones cronológicas no se incluyen las últimas reformas de Francia e Italia, pero se adicionan los sistemas portugués y suizo.

razones del éxito o fracaso de la normativa vigente (13). Marginalmente, creo difícil atribuir al derecho una finalidad terapéutica, pues ello nos obligaría a replantear las relaciones entre Medicina y Derecho. Quizá cabría sustituirla por la de *no obstaculizar o impedir tal finalidad*.

(13) De la que cabe predicar su *ruptura* con el sistema primitivo del Código Civil, cfr. GARCÍA CANTERO, *Código Civil comentado* (dir.: Ana CAÑIZARES LASO y cols., I, Cizur Menor, 2011), *Comentario al artículo 215*, pág. 2008.

No creo que, en el derecho vigente, pueda contraponerse absolutamente *tutela personae* et *tutela bonorum*, sino que ambas modalidades se prevén institucionalmente y nunca se prescinde de los aspectos personales de la institución (art. 215, párr. 1.º; 223, párr. 1.º; 232, párr. 2.º, y arts. 267, 268 y 269). El artículo 236-1.º regula con amplitud de criterio el caso de tutela de la persona, identidad de funciones y de categoría jurídica, en relación con el tutor de solo los bienes.