

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

REGLAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Dos hijas piden la incapacidad de su madre alegando que era incapaz de gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones y desde la muerte de su esposo, alterna períodos de lucidez con otros de desorientación. La madre de las demandantes fue sacada de la finca familiar por otros hermanos de las demandantes, quienes impedían las visitas a las hermanas iniciadoras del procedimiento de incapacidad, negando que careciera de capacidad para atender al cuidado de su persona y bienes. Solicitan la declaración de incapacidad y el régimen de tutela o guarda conveniente.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, número 3, de Salamanca, de 9 de julio de 2000, estimó la demanda. Argumenta que: «examinada por mí mismo a ésta y visto el dictamen del médico forense y Ministerio Fiscal, asimismo practicadas las pruebas testificales propuestas por las partes y documentales aportadas obrantes en autos, llegamos a la conclusión recogida en los hechos probados de que doña 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 LECiv, en consonancia con los artículos 10 y 49 CE».

Doña Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de abril de 2009, recurso 1259/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 282/2009. Número de Recurso: 259/2006. Diario La Ley, número 7237, Sección Jurisprudencia, 9 de septiembre de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 49525/2009.

de marzo de 2006, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada.

La sentencia concluye que: «...evidentemente la demandada doña Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio, así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar *la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia*. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera... Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia impugnada que declara a la demandada doña Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela».

Doña Victoria, siempre por medio de sus hijos don Carlos Alberto, don Juan Antonio y doña Ariadna, actuando como representantes de su madre, interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En dicho escrito, de 2 de febrero de 2009, señala que el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si *la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008*, que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil.

Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que «todas las personas son iguales ante la ley, y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna», obligándoles a prohibir «toda discriminación por motivos de discapacidad» y a garantizar a «todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo» (art. 5.1 y 2). La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida, incluidas las referidas a las tomas de decisiones. El artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (2).

(2) La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su artículo 12, que establece lo siguiente:

«Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir

II. POSTURA DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal señala que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacidad priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que: «la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales». Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, «la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces».

En consecuencia, entiende el Ministerio Fiscal que deben admitirse los cuatro motivos del recurso de casación.

También señala la fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 CE, y dice que el tratamiento de las personas con discapacidad es 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 como que el concepto de discapacidad que señala el artículo 1 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» (3).

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

los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

(3) El artículo 1 dice que: «Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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».

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 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 la sustitución 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: préstamos, 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 que «la toma de decisiones con apoyo 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 sólo 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 sólo 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».

III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra *en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.*

A) LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN NUESTRO PAÍS

La Convención en sus artículos 3 y 12 de la misma manera que en su título y 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 ésta en el sentido que se ofrece en el artículo 1.2 de la Convención, que las identifica como aquéllas 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 ins-

tituciones 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...».

B) GRADUACIÓN DE DEPENDENCIA Y REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

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 sólo 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, 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 sólo 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.

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.

C) LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN

El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. 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*.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de *falta de capacidad*, entendida ésta 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:

- una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica,
- y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia.

Por ello hay que afirmar rotundamente que *la incapacitación 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.

D) CONSTITUCIONALIDAD DE LA 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 (4).

Una medida de protección como la incapacitación tiene justificación con relación a la protección de la persona. Se produce una conexión entre 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 como lo es la incapacitación (5).
- 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 su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un siste-

(4) Así el artículo 162 del Código Civil exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 de julio, sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de catorce años) y aunque el artículo 162 del Código Civil aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el artículo 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado artículo 210 del Código Civil después de la reforma de 1983; también el artículo 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) excluye de la representación los actos «relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo», y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

(5) Sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1999, 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» (asimismo STS de 14 de julio de 2004).

ma de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, *el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.*

- 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.* Ésta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

IV. DERECHO COMPARADO

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

El *Código Civil de Québec*, cuyo artículo 285 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.

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.

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 número 68-5 de 3 enero de 1968.

El *BGB* reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 establece 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 sólo 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.

V. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Otra cosa distinta 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 sentencia de 5 de marzo de 1947 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 proteccionista*, 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 sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la calidad de persona del sometido a dicho sistema de protección*.

La *Ley 41/2003, de 18 de 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 por 100 y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (art. 2.2).

Por otro lado, la STC 174/2002, de 9 de octubre, mantuvo que: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son

inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo 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 art. 759 LECiv) 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 sólo 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, sólo 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 sólo 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 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.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se van a examinar los motivos del recurso de casación interpuesto por Victoria a través de la representación otorgada a sus hijos Carlos Alberto, Ariadna y Juan Antonio y al amparo del artículo 477.2, 3 LECiv.

El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 199, 200 y 215.1 del Código Civil y la doctrina de las sentencias de la Sala 1.^a, de 31 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1994 y 16 de septiembre de 1999, así como las de 10 de febrero de 1986, 19 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1998 y 28 de julio de 1998. Dice que *la declaración de incapacidad vulnera en la práctica el principio de protección y respeto de los derechos de la presunta incapaz*, lo que debe inspirar siempre la actuación judicial.

Los recurrentes entienden que la resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí sólo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en criterios accesorios, como «su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios», por lo que podrían arbitrarse otros medios diferentes. A juicio de la recurrente la incapacitación no debe basarse en criterios de consideración de la persona, que no son aceptables, ya que sólo debe basarse en la situación de incapacidad.

Motivo que se desestima porque la sentencia recurrida establece de una forma clara y precisa los fundamentos de la incapacitación, de acuerdo con las pruebas practicadas. Los argumentos relativos al patrimonio y a la situación de conflicto familiar se utilizan a mayor abundamiento, lo que queda demostrado al resumir las razones por las que se mantiene la medida de incapacitación.

La recurrente también denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 215.2, 222.2 y 287 del Código Civil, porque entiende que *no se ha aplicado la curatela*, que se dirige a la protección de aquellas personas que no se encuentran incapacitadas, pero que en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad. El tutor suple a la persona y sustituye la voluntad del pupilo, pero de acuerdo con los informes, entiende que en este caso no debería haberse establecido la incapacitación total, sino que sólo cabría adoptar medidas sobre la administración de los bienes, sin condicionar la libertad para regir su persona y bienes; además, entiende que se infringe el principio, de acuerdo con el que debe determinarse la extensión y los límites de la incapacidad, así como el régimen de la tutela, por lo que no se ha actuado conforme a los informes periciales.

Este motivo se desestima porque queda acreditado en la prueba practicada que doña Victoria está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. La incapacitación, 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 sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación.

En conexión con sus argumentos, la recurrente entiende que se ha inaplicado el artículo 322 del Código Civil y los artículos 10.1 y 23.1 CE. A su juicio, siendo la incapacitación la supresión o restricción de la capacidad de obrar que tiene un sujeto, debe seguirse el oportuno procedimiento y basarse en las causas que la ley determina. Las causas son aquellas que impiden a una persona gobernarse por sí misma, no las enfermedades que no afecten a la capacidad. Además, entiende que la sentencia vulnera la jurisprudencia de esta Sala configurada en las sentencias de 31 de diciembre de 1991, 30 de diciembre de 1995, 9 de junio de 1997, 16 de marzo de 2001 y 15 de octubre de 2001.

Tampoco se estima este motivo porque las causas de incapacidad están concebidas en nuestro Derecho desde 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 sólo 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 (6).

RESUMEN

INCAPACITACIÓN

La prueba acredita que la demandada está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Fijación por el TS de las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo establecido en el Código Civil a partir de la reforma de 1983.

ABSTRACT

INCAPACITATION

The evidence shows that the defendant is fully and permanently incapacitated such as to place a functional limit on her capacity to govern herself and to control her property. Setting by the Supreme Court of the rules of interpretation that enable the constitutional system of protection for persons of less than full ability to be reconciled with the New York Convention of 13 December 2006 on the Rights of Persons with Disabilities and the terms of the Civil Code after its 1983 reform.

(6) 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 sólo 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».