

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

## **TRABAJO FIN DE ESTUDIOS**

**Máster Universitario en Acceso a la Abogacía**

### **MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y SISTEMAS DE APOYOS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**Carlos Loizu Onieva**

#### **DIRECTORAS**

**María Luisa Arcos Vieira y Leyre Elizari Urtasun**

**Pamplona**

**12 de enero de 2018**

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se realizará un estudio sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que fue ratificada en España en 2007 y cuya entrada en vigor en 2008 ha supuesto un cambio de mentalidad en la sociedad, a la vez que surgieron dos posiciones doctrinales enfrentadas en relación a la interpretación del artículo 12 del mismo texto. En la segunda parte del trabajo se analiza la jurisprudencia más reciente y trascendente en relación a la aplicación de dicha Convención.

**Palabras clave:** Convención, Capacidad, Discapacidad, Tutela, Curatela

## **ABSTRACT**

In this paper I will focus on the study of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities that was ratified in Spain in 2007 and entered into force in 2008. This fact marked a change of mentality in society while two opposing doctrinal positions arose in relation to the interpretation of Article 12 of the same text. The second part of the paper analyzes the most recent and transcendent jurisprudence in relation to the implementation of the Convention.

**Keywords:** Convention, Capacity, Disability, Guardianship, Curatorship.

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

AMTA: Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid.

Art. / arts.: Artículo / artículos.

CC: Código Civil.

CCit: Codice Civile italiano.

CE: Constitución Española.

CDPD: Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cit.: Citada.

Coord.: Coordinador/a.

CRPD: Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Dir.: Director/a.

FJ: Fundamento jurídico.

LEC: Ley Enjuiciamiento Criminal.

LJV: Ley Jurisdicción Voluntaria.

Núm: Número

Ob.: Obra.

ONU: Organización Naciones Unidas.

Pág. / págs: Página / páginas.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN: LOS APOYOS .....</b>	<b>6</b>
2.1. Aproximación a la CDPD .....	6
2.2. La problemática del Artículo 12 CDPD.....	8
2.3. Compatibilidad entre el Derecho civil español y la CDPD.....	14
2.4. Flexibilidad y adaptación del Derecho civil español .....	18
2.5. Amministratore di sostegno en el sistema italiano.....	24
2.6. Ley de Jurisdicción Voluntaria .....	27
<b>3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL: ¿Están actuando los tribunales de acuerdo a la Convención? .....</b>	<b>31</b>
3.1. Tribunal Supremo.....	31
3.2. Audiencias Provinciales .....	54
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>59</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>61</b>
<b>6. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>65</b>

## **1. INTRODUCCIÓN**

Con el presente trabajo de investigación se pretende realizar un estudio sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en concreto su artículo 12. También se analizará la jurisprudencia más importante que ha tenido lugar a raíz de la entrada en vigor en España de dicha Convención.

El tema elegido presenta una gran importancia, dado que esta materia se relaciona con un ámbito tan trascendente como son los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española, al encontrarse en relación con el derecho a la dignidad de la persona regulado en el art.10 CE, el derecho a la igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE y la protección y atención a las personas con discapacidad del art. 49 CE.

De igual manera es importante ya que, hoy en día, se sigue adaptando la legislación española a la CDPD. Prueba de ello es la reforma que fue aprobada a finales de 2017 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que permitirá que unas 100.000 personas más, con la capacidad judicialmente modificada, puedan ejercer su derecho a voto en las elecciones municipales y autonómicas de 2019.

En cuanto a la estructura del trabajo, comenzaré tratando la cuestión más polémica acerca de la compatibilidad entre dicha Convención y el Derecho civil español, debate que surgió tras una errónea interpretación del art. 12 CDPD, por una parte de la doctrina. Después procederé a un análisis detallado de la jurisprudencia más importante del Tribunal Supremo, así como de sus últimos pronunciamientos reinterpretados a la luz de la Convención, para finalizar con la línea jurisprudencial también “adaptada” de las Audiencias Provinciales.

## **2. INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN: LOS APOYOS**

### **2.1. Aproximación a la CDPD.**

La CDPD se adoptó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008. Se constituye así el primer instrumento universal de carácter vinculante que aborda de forma específica los derechos de las personas con discapacidad y tiene por propósito, en palabras de la propia Convención, «*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*» (art.1).

La Convención supone la adopción de la filosofía del modelo social de discapacidad, lo que conlleva un cambio de mentalidad que implica distanciarse del anterior modelo médico-rehabilitador.

El modelo médico o rehabilitador considera la discapacidad como un problema “individual”, que tiene su origen en las “limitaciones” de la persona en cuestión, originadas por el padecimiento de alguna “deficiencia”. Es decir, las dificultades que algunas personas con discapacidad pueden encontrar en la toma de sus decisiones están ocasionadas exclusivamente por sus déficits cognitivos que les impiden adoptar sus elecciones de una forma “normal”, esto es, racional, autónoma, responsable e independiente. Las personas con discapacidad deben “rehabilitarse” para poder ser integradas en la sociedad, por lo que esta rehabilitación se convierte en requisito previo para la integración social y, por tanto, se presenta como una condición imprescindible para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. En resumidas cuentas, este modelo propone que son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse individualmente a unos derechos universales diseñados por y para el ciudadano “normal”, de manera que

cuando no consigan superar sus “limitaciones”, verán restringidas las posibilidades de ejercicio de sus derechos.<sup>1</sup>

Distanciándose del modelo médico, el modelo social se enfrenta a la discapacidad teniendo en cuenta la influencia de los factores sociales en la vulneración de algunos de los derechos básicos de las personas. Desde esta óptica, la CDPD afirma en su Preámbulo, apartado e) 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*». No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual, de la persona, sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales<sup>2</sup>.

Este modelo entiende que la discapacidad no está originada por las limitaciones personales o individuales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia, sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad, generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones.<sup>3</sup>

Para este modelo, la discapacidad es una cuestión de discriminación, de derechos humanos, por lo que entiende que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión, garantizando así el respeto de la dignidad de las personas con discapacidad<sup>4</sup>. Hemos asistido a un cambio de mentalidad que condujo hacia el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad y que vino a cuajar un nuevo modelo comunitario fundamentado en el principio de igualdad.

---

<sup>1</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm., 24, Época II, enero 2011, pág. 231-232.

<sup>2</sup> BARRANCO AVILÉS, M; CUENCA GÓMEZ, P; RAMIRO AVILÉS, M.A. “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad” en *Anuario de la Facultad de Derecho nº5* (Universidad de Alcalá), 2012, pág. 55.

<sup>3</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 10, diciembre 2012, pág. 70.

<sup>4</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “La capacidad jurídica de las personas ...”, ob. cit., págs. 234-235.

Por ello, unas de las cuestiones más importantes en el modelo social que consagra la CDPD es el de la capacidad para ejercitar sus derechos de las personas con discapacidad.

## 2.2. La problemática del artículo 12 CDPD

Desde el momento que el concepto de capacidad jurídica apareció en el primer borrador de la CDPD, comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico. Durante debates informales sobre el proyecto de Convención, algunas delegaciones expresaron su preocupación por el uso del término "capacidad jurídica" que parecía tener un significado legal diferente en sus idiomas nativos. Por lo tanto, se sugirió que, si fuera necesario utilizar esta redacción, debería traducirse a las lenguas nativas e interpretarse en consecuencia.

En el documento de antecedentes elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2005<sup>5</sup> se analizó, asimismo, el significado del término "capacidad jurídica", expresando que en el Derecho español, el concepto de la capacidad jurídica está estrechamente relacionado con el concepto de personalidad jurídica. En tal escrito se alude a DÍEZ-PICAZO, cuando afirma que: *la capacidad jurídica es un atributo o una cualidad esencial e inmediata de la persona, (...) una consecuencia inmediata y ineludible de la personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de serlo posee capacidad jurídica.*<sup>6</sup> Se trata de la aptitud e idoneidad de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y, en general, de relaciones jurídicas (dimensión estática de la capacidad).

En ese mismo documento se indica que la capacidad jurídica no debe ser confundida con la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, entendida como *la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surjan de los derechos o la cumplir por sí mismo con sus deberes jurídicos.*<sup>7</sup> La capacidad de obrar es

---

<sup>5</sup> Documento de antecedentes elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005, capacidad jurídica, págs. 17-18. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>

<sup>6</sup> El referido documento cita a DIEZ-PICAZO, L. en su obra de *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo I, 1967, (Facultad de Derecho Valencia) pág. 83.

<sup>7</sup> El referido Documento cita a DEL ARCO TORRES, M. A. Y PONS GONZÁLEZ, M. 'Capacidad de obrar', en *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Primero (A-G), Editorial Aranzadi, 1984, pág. 198.



la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo con plena eficacia tales actos (dimensión dinámica de la capacidad). Estas limitaciones han de ser expresamente establecidas (por ley o sentencia). Las únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce nuestro derecho son la minoría de edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma.

Del documento mencionado se extrae que el término “capacidad jurídica”, que estaba puesto en entredicho previamente a la aprobación de la Convención, en Derecho español, solo tiene un significado posible. Pero si previamente había existido un debate sobre el sentido o significado de ese concepto, éste se acentúa al leer la versión original (inglesa) y la traducción al castellano, de la aprobada Convención.

#### Artículo 12 CDPD

##### 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 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.*

Leyendo la versión original de la Convención, la expresión *legal capacity*, literalmente significaría “capacidad legal” pero en la versión española se ha traducido como capacidad jurídica. Es decir, capacidad legal o *legal capacity*, es un concepto que no está recogido en nuestro ordenamiento jurídico<sup>8</sup>. Este término inglés hace referencia tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar en Derecho español, y así lo indica la *International Disability Alliance*<sup>9</sup> cuando afirma que el concepto *legal capacity* tiene dos componentes: la capacidad para tener derechos (*capacity to hold a right*) y la capacidad para ejercitar esos derechos (*capacity to act and exercise the right*).

Por lo tanto, cuando leemos en el texto traducido “capacidad jurídica” hay que tener en cuenta que es un término que en la versión original de la CDPD aparece como *legal capacity*, concepto inexistente en nuestro Derecho, pero que haría referencia al conjunto de ambas dimensiones de la capacidad.

Sin embargo, una parte de la doctrina entiende que la incorporación de art. 12 CDPD a nuestro ordenamiento hace desaparecer la distinción entre la capacidad jurídica y la de obrar, en tanto que consideran que la Convención las equipara, asumiendo el concepto *capacidad jurídica* como capacidad de obrar. Por ejemplo, afirmó BARIFFI: *el artículo 12.2 cuando hace referencia al derecho de ejercicio de la capacidad jurídica, el mismo debe interpretarse como el derecho a la capacidad de obrar, es decir, a tomar decisiones en nombre propio. El valor jurídico y el verdadero cambio de paradigma del artículo 12.2 radican justamente en dicha interpretación.*<sup>10</sup>

En los puntos 3 y 4 del art. 12 CDPD no hay discrepancias en que la expresión “ejercicio de la capacidad jurídica” remite al ámbito de la aptitud para ejercitar por sí

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 28.

<sup>9</sup> INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, *Legal opinion on Article 12 of CRPD (junio 2008)*. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/212>

<sup>10</sup> BARIFFI, F. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Cinca, Madrid, 2014, págs. 305-306.

mismo los derechos y deberes de que es titular, es decir, a la dimensión dinámica de la capacidad o capacidad de obrar<sup>11</sup>, por lo que nos centraremos en el apartado segundo.

Reconocer la capacidad de obrar plena a todas las personas, conllevaría un derribo casi total de nuestro actual ordenamiento en esta materia. El modelo de sustitución en la toma de decisiones, vigente en nuestro CC, no tiene cabida dentro de la presunción de igual capacidad de obrar. Esta presunción se presenta como un principio general que no admite excepciones, como una presunción *iuris et de iure*. Supondría la necesidad de reformar y complementar los sistemas de modificación judicial de la capacidad y de sustitución españoles, por ser contrarios a las nuevas exigencias de la Convención. Esta visión reclamaría, por tanto, una reforma más profunda y radical del CC,<sup>12</sup> por su incompatibilidad con las reglas de la Convención, que se concretaría en los siguientes puntos:

1) En la desaparición de la modificación judicial de la capacidad, la desaparición de la tutela o cualquier mecanismo legal de representación, como puede ser la patria potestad prorrogada o rehabilitada del art. 171 CC<sup>13</sup>. No tiene cabida que un tercero pueda tomar decisiones en lugar de la persona con discapacidad y en su nombre<sup>14</sup>. Y al mismo tiempo, la modificación judicial de la capacidad limitaría esa capacidad que, según su interpretación de la Convención, deben tener las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás.

2) Respecto a la asistencia en la toma de decisiones por un tercero, que en nuestro Derecho entendemos por la figura de la curatela establecida en el art. 286<sup>15</sup> y ss.

---

<sup>11</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la CDPD”, en DE SALAS MURILLO, S (Coord.) Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 23.

<sup>12</sup> CUENCA GÓMEZ, P. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones...”, ob. cit., pág. 74.

<sup>13</sup> Art.171 CC: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.”

<sup>14</sup> BARIFFI, F. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en PÉREZ BUENO, L (Dir.). *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 381.

<sup>15</sup> Art. 287: “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloque bajo esta forma de protección en atención a

del CC, el rechazo no es tan tajante. No faltan opiniones<sup>16</sup> cuya conclusión es que la curatela es contraria a la Convención en cuanto impide a quien padece una discapacidad actuar por sí solo. Sin embargo, se ha apuntado que una curatela graduable y abierta, con alguna matización dirigida a reforzar el papel de la voluntad de la persona con discapacidad, puede ser empleada como mecanismo de apoyo<sup>17</sup>.

3) Para aquellos casos en los que la persona no haya previsto nada en relación a una posible modificación judicial de su capacidad, se acusa al ordenamiento español de no prever legalmente la necesidad de actuación en el régimen de guarda conforme a las preferencias de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni tener en cuenta sus deseos y opiniones<sup>18</sup>. Esta parte de la doctrina fundamenta tal acusación en el art. 12.4 CDPD, donde se enfatiza el papel a desempeñar de la voluntad en la toma de la decisión final.

A la vista de las diferentes interpretaciones, y viendo que en la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad, el Comité, mediante la Observación General N°1<sup>19</sup> sobre el artículo 12 CDPD, ha querido aclarar los términos de esta forma.

La Observación General 1ª señala en su párrafo 12 que *la capacidad jurídica del art. 12.2 CDPD incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en Derecho. La capacidad de ser titular de derechos concede a la persona la protección*

---

su grado de discernimiento.” Art. 289: “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.”

<sup>16</sup> ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.; CUENCA GÓMEZ, P.; PALACIOS RIZZO, A. “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 30.

<sup>17</sup> DE SALAS MURILLO, S. “Repensar la curatela” en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, véase el estudio completo.

<sup>18</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la convención, sus implicaciones en el derecho privado español” En *Capacidad jurídica y discapacidad*. SOTO RUIZ, J.J. (Dir.). Tomo I: Derecho común. Madrid: Observatorio Estatal de la Discapacidad, Cuaderno de Trabajo n°7. 2009, pág. 42-43.

<sup>19</sup> Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones de 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Observaciones generales y días de debate general. Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité, analizando el párrafo 2 del artículo 12. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf>

*plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin.*

En los párrafos 13 y 14 se indica que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es, por un lado, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ser reconocido como persona ante la ley y, por otro lado, la capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Este último, señala la Observación General, es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. La capacidad jurídica es, así, un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad.

Por otro lado, “la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.”

Después de esta interpretación, queda acreditado que el Comité ha llegado a la misma conclusión conceptual que se tiene y se ha tenido de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en Derecho español. Cuando el artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica (*legal capacity*, traducida al castellano como “capacidad jurídica”), se refiere tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar. Aclaración muy similar al documento antes mencionado del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que realizó en 2005.

La capacidad de obrar, o legitimación para actuar válidamente como titular de los derechos y obligaciones está muy relacionada con la capacidad mental (en nuestro Derecho se conoce como capacidad natural), que puede variar de unas personas a otras, como reconoce la Observación, y por tanto, admite graduaciones o reducciones, para proteger a la persona.

Por lo tanto, esta Observación deja “en evidencia” a la corriente que mantenía la incompatibilidad entre el artículo 12 CDPD y nuestra regulación civil. No se puede negar a una persona con discapacidad la capacidad de obrar por razón de su discapacidad. En todo caso, se le restringirá, como medida de protección, para que no

pueda realizar actos que le sean perjudiciales, y solo si no tiene capacidad natural para comprender los actos concretos o no puede prestar consentimiento por sí misma ya que esto mismo constituye el elemento esencial de todo contrato (art. 1.261 CC<sup>20</sup>) y es la base del tráfico jurídico actual de nuestra sociedad. Es decir, si todo el mundo tuviera reconocida plena capacidad de obrar, no serían necesarios los “apoyos” a los que se hace referencia en el punto 12.3 CDPD<sup>21</sup>, por lo que erramos si creemos que el art.12 CDPD termina con la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Debemos considerar que ambas dimensiones, tanto la estática como la dinámica, están presentes en este artículo.

Además, de ese artículo se extrae que se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. No se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades<sup>22</sup>. 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.

También en el art. 12.4 CDPD se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Para lograrlo, éstas deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas.

### **2.3. Compatibilidad entre el Derecho civil español y la CDPD**

No es fácil pronunciarse con absoluta precisión acerca del grado de correspondencia exacto del derecho interno español con los valores, principios y mandatos de la Convención. La dificultad procede de que “el ordenamiento español en

---

<sup>20</sup> Art.1.261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes”.

<sup>21</sup> CERRADA MORENO, M. *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 31-32.

<sup>22</sup> Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, (...) Observación General 1ª ... ob. cit., párrafo 17.

materia de discapacidad es el resultado de una agregación sucesiva, o mejor dicho, de una acumulación, de disposiciones, de muy distinto origen temporal y de muy distinto propósito. No hay un sistema ni un plan ordenado, armónico y concorde. No disponemos de un sistema jurídico de la discapacidad como tal, sino de una suma de normas, hijas de épocas, de concepciones y de modelos dispares. Ello, frente a una Convención que está construida sobre una base de armonía normativa, siendo un tratado amplio e íntegro, que pretende ser considerado un sistema en sí mismo. Comparar elementos tan disímiles y buscar determinar su grado genérico de correspondencia, entraña una dificultad elevada”<sup>23</sup>.

Sin embargo, esta doctrina de compatibilidad se ha ido asentando y cuenta a su favor con el importante respaldo proporcionado por la STS 282/2009 de 29 de abril, (que se analizara con detenimiento en la segunda parte del trabajo) partiendo de que la asunción del modelo de apoyo no se fundamenta en atribuir capacidad de obrar plena a todas las personas con discapacidad, lo que conllevaría la construcción de un nuevo sistema, sino que el sistema español actual es compatible con la Convención, sin perjuicio de que hayan de realizarse en su caso, las oportunas adaptaciones y de que se mejore su aplicación por los agentes del Derecho.

El TS señala en la citada sentencia, en su FJ 5º, que tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y a los que por sus condiciones no pueden gobernarse, no es argumento para considerar la modificación de capacidad como contraria a los principios establecidos en la Convención. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: a la persona que le falta capacidad para entender y querer se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión<sup>24</sup>. Esto es compatible con el principio de tutela de la persona recogida en art. 222 CC<sup>25</sup>, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE<sup>26</sup>. Por tanto, en principio, el CC no sería contrario a los

---

<sup>23</sup> PÉREZ BUENO, L. “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, L (Dir). *Hacia un derecho de la discapacidad...*”, ob. cit., págs. 321-322.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “*El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*”, ob. cit., pág. 28.

<sup>25</sup> Art. 222 CC: “Estarán sujetos a tutela: Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela y los menores que se hallen en situación de desamparo.

<sup>26</sup> Art 49 CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención

valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

Ante este hecho el ordenamiento civil español prevé una doble vía de actuación: la limitación legal de la capacidad de obrar y la simultánea sujeción a un régimen de guarda que incluye mecanismos de representación o complemento de capacidad. Se dirigen a ofrecer un sistema de protección completo, con un contenido “negativo” (la limitación de la capacidad de obrar), para evitar que la persona con discapacidad tome decisiones que puedan perjudicarle o que terceros se aprovechen, para conseguir un efecto positivo (el establecimiento de un régimen de protección que complementa la capacidad), lo que incluye la posibilidad de actuar en su nombre o junto con él y la obligación de hacerlo siempre en su beneficio.<sup>27</sup>

Cuando una persona con discapacidad tiene afectadas sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no poder formar su voluntad, lo razonable es acordar la privación de la capacidad de obrar, decisión proporcionada ante la ausencia natural de autogobierno. Por lo tanto, es necesario ahora establecer un apoyo de carácter representativo, que tome decisiones por él y en su nombre, sin perjuicio de aquellas cuestiones que según la sentencia la persona con discapacidad pueda realizar por sí misma. Este mecanismo no es que sea solo el apoyo preciso de acuerdo con la Convención, sino que se puede afirmar que viene exigido por ésta, ya que solo la representación permite una participación adecuada en la vida jurídica<sup>28</sup>. En nuestro sistema, esta limitación de la capacidad y establecimiento de una figura de sustitución, es la tutela. También lo es la patria potestad prorrogada, institución destinada a la protección de los hijos no emancipados y para que opere su prórroga, es preciso que al hijo se le haya modificado judicialmente la capacidad durante la minoría de edad, y al

---

especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

<sup>27</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, ob. cit. pág. 94.

<sup>28</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. y ÁLVAREZ LATA, N., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 2010. Págs. 27-28.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...* ob. cit., págs. 95-96.



cumplir los dieciocho años automáticamente se prorroga ésta de forma que en ningún momento hay dejación de la protección que aquel necesita<sup>29</sup>.

En resumidas cuentas, el FJ 7º de la mencionada sentencia de 29 de abril de 2009 del TS, referencia que 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 exige el art. 759 LEC<sup>30</sup> que, -en la medida en que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de 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<sup>31</sup>)-, se erigen en garantías esenciales del proceso de “incapacitación”.

Esta es la única posible interpretación del art. 200 CC y del art. 760.1 LEC<sup>32</sup> que hace adecuada la regulación actual con la Convención, y es por la cual el sistema de protección establecido en el CC sigue vigente. De su lectura e interpretación se propone que el “incapaz” sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la modificación judicial de la capacidad es sólo una forma de protección.

Respecto a la curatela<sup>33</sup>, es un mecanismo de menor intensidad de intervención, proporcional a la menor intensidad de afección de las facultades cognitivas y volitivas;

---

<sup>29</sup> TORRES GARCÍA, T. “Efectos de la incapacitación” en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>o</sup>C en *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo II. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 163-164.

<sup>30</sup> Art. 759 LEC: “1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal. 2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno. 3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.”

<sup>31</sup> Art. 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

<sup>32</sup> Art. 760.1 LEC: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental...”, ob. cit., págs. 33-35.

es decir, se prevé este sistema de apoyo cuando las capacidades de entender y querer no están tan afectadas como en el caso anterior. La curatela permite que la persona afectada por una discapacidad realice por sí misma aquellos actos que su capacidad natural de autogobierno le permita efectuar sin riesgo significativo para ella misma.

A su vez está regulada para que en aquellos otros actos que, por su complejidad o importancia, superen su capacidad de autogobierno, pueda intervenir en la toma de la decisión, pero viéndose arropada por la intervención de un tercero, cuya finalidad es evitar los posibles perjuicios que pudieran derivar de dicho acto. El curador puede y debe evitar la toma de decisiones perjudiciales por parte de la persona con discapacidad, no pudiendo tomar él mismo decisiones sin contar con la voluntad del asistido. Podemos afirmar por tanto que también en este caso el apoyo recibido es proporcionado, es decir, compatible con la Convención.

Al ser necesaria la confluencia tanto de la voluntad de la persona con discapacidad como la del curador, los actos jurídicos realizados sin la intervención de éste, cuando sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes del CC (art. 293 CC). Esta situación conllevaría un bloqueo que no es beneficioso para la persona cuya protección se pretende y es un aspecto que deberíamos tener en cuenta de cara a una futura revisión o adaptación.

#### **2.4. Flexibilidad y adaptación del Derecho civil español.**

Visto lo anterior, el Derecho Civil común diferencia los grados de capacidad natural de autogobierno y regula un sistema de apoyos modulable, a la vez que su variabilidad, con la consiguiente revisión con el paso del tiempo, siendo esto precisamente lo que se está exigiendo en la Convención. Tanto el régimen a aplicar como las facultades del tutor y del curador son los que disponga la sentencia que limita la capacidad de obrar, en función del grado de autogobierno de la persona en cuestión.

De hecho, algunas comunidades autónomas con derecho civil propio, como la aragonesa en su art. 150.2 del Código de Derecho Foral de Aragón<sup>34</sup> y la catalana en el art. 223 del Código Civil de Cataluña<sup>35</sup>, admiten que al curador se le puedan atribuir funciones de representación para determinados actos de administración o representación de la persona con la capacidad modificada judicialmente. La Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado<sup>36</sup> afirma que *«nada impide que de forma similar a la establecida en (...) Cataluña, la sentencia pueda conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de sus facultades para realizar los demás actos de esta naturaleza por ella misma. Sin duda, seguirán planteándose situaciones en las que no será posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales resultará necesario tomar una decisión en su nombre, pero la misma habrá de tomarse como consecuencia de la situación concreta, no de la incapacidad genérica»*.

Además, Cataluña ha sido la primera comunidad autónoma, a través de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que ha sabido encontrar el equilibrio entre la modificación judicial de la capacidad y la incorporación de los principios y cautelas establecidos en la Convención, a la vez que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que deben cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad.

Así se reconoce en el preámbulo que: *la presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacidad, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares*

---

<sup>34</sup> Art. 150.2 Código de Derecho Foral de Aragón: “La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal.”

<sup>35</sup> Art. 223.6 Código civil de Cataluña: “Curatela de las personas incapacitadas: La sentencia de incapacidad puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma.”

<sup>36</sup> Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado: “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. 3º “La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad”. Web última vez visitada el 5/12/2017. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INSTRUCCION%203-2010.pdf?idFile=0bd5f429-1a9c-42f7-a7f1-46991eb20944](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCION%203-2010.pdf?idFile=0bd5f429-1a9c-42f7-a7f1-46991eb20944)

*prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la CDPD. En particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal.*

Dicha ley crea una nueva institución que, pese a recibir el nombre de asistencia, puede asimilarse a lo que algunos autores llaman una “curatela voluntaria”. El artículo 226-1 consagra la posibilidad de que “la persona mayor de edad que lo necesite, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, pueda solicitar a la autoridad judicial el nombramiento del asistente, por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria”. Además, en el segundo párrafo de este mismo artículo 226: “La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia”. En el artículo 226-2, se regula el contenido de la asistencia<sup>37</sup>. Es digno de elogio el esfuerzo del legislador catalán por conceder aún más cauces a la voluntad de la persona, sin huir de la intervención del juez<sup>38</sup>.

Por otro lado, a raíz de la STS de 29 de abril de 2009, los juzgados y tribunales están yendo más lejos, prescindiendo de esquemas rígidos, tanto si parten de la tutela como si parten de la curatela. Prueba de ello es la última STS 597/2017 de 8 de noviembre, en la que, en su FJ 6º, 2º se afirma que:

*Es verdad que lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la*

---

<sup>37</sup> Art. 226-2: “1. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente. 2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas. 3. En el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.”

<sup>38</sup> PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), PEREÑA VICENTE, M. (Coord.) *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. La Ley, Madrid, 2011, págs. 201-202.

*persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 de su Código) y el aragonés (art. 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio.*

Este fundamento del TS es un ejemplo de la revisión que se está llevando a cabo por parte de los tribunales para adaptar nuestro sistema a la Convención, ya que, siendo nominalmente una tutela, D<sup>a</sup> Elsa necesita la supervisión y apoyo del tutor, como dice la sentencia. El propósito es conseguir una actuación correcta por parte del tutelado que simplemente sea refrendada por el tutor (completando su capacidad) y sólo cuando esto no sea posible, como en caso de desacuerdo, que sea el tutor quien actúe por él, se entiende que prescindiendo de la opinión del tutelado<sup>39</sup>. Por tanto, vemos cómo no habría problema en dar facultades de representación al tutor en situaciones trascendentes y, en cambio, que asista cuando considere que la situación no conlleve un perjuicio irreparable, partiendo siempre del sentido común y pensando en el beneficio y protección de la persona con discapacidad.

En resumidas cuentas, con el paso del tiempo estamos viendo cómo la configuración de nuestra regulación civil es compatible con la Convención. No podemos derogar todo el sistema actual ya que como hemos visto es necesario que, en determinados casos, cuando alguien no tiene la capacidad de autogobernarse, hace falta una figura que le sustituya o represente debido a que, en tal caso, ese será el apoyo adecuado, ajustado y proporcionado. Otra de las características “comunes” tanto del derecho civil español, como de la Convención, es la flexibilidad a la hora de determinar tanto el alcance de la modificación judicial de la capacidad de obrar como el apoyo

---

<sup>39</sup> DE SALAS MURILLO, S. “Repensar la curatela...”, ob. cit., págs. 18-19.

adecuado, y la personalización por parte del juez de los determinados aspectos en los que la persona con discapacidad puede actuar por sí misma<sup>40</sup>.

Ahora bien, que el sistema español sea compatible con las reglas de la Convención, en los términos ya vistos, no quiere decir que éste no sea mejorable o pueda completarse. En este sentido, la Asociación de Profesores de Derecho Civil ha elaborado una propuesta de reforma del Código Civil y, en relación al Título que se ocupa de las medidas de protección de las personas (mayo 2017) tres son las características principales<sup>41</sup>:

1) La alineación con las legislaciones en las que se prescinde de las restricciones de la capacidad de acuerdo con las previsiones de la CDPD y de las recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas derivadas de aquélla, para focalizar la intervención en los apoyos y en la protección de la persona. Se sustituye la modificación de la capacidad por la provisión del apoyo para actuar: la persona que no pueda actuar por sí sola necesita de un apoyo específico.

2) En este procedimiento de provisión judicial de apoyos la regla es la curatela, quedando la tutela como medida subsidiaria para los supuestos en los que la participación de la persona protegida en su propio gobierno resulta manifiestamente inviable. Los principios de subsidiariedad y mínima intervención así lo demandan.

3) Se propone un sistema de pluralidad de apoyos y medidas de protección para la persona de carácter alternativo. Algunas de estas medidas tienen carácter más estable (curatela y tutela); otras son más puntuales, como es el caso de la figura del defensor judicial. Algunas son de provisión judicial y otras están basadas en la autonomía de la persona (poderes preventivos). Algunas se caracterizan por la clara intervención judicial, otras porque la iniciativa y la participación de la persona son cruciales (asistencia). Se pretende cumplir con la máxima del ofrecer un “traje a medida” para

---

<sup>40</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...*, ob. cit., págs. 99-101.

<sup>41</sup> Asociación de Profesores de Derecho Civil. Libro I, De las personas, tercer borrador, mayo 2017, Título VII Cristina Amunátegui Rodríguez, Cristina Guilarte Martín –Calero, Natalia Álvarez Lata y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo. Web visitada última vez el 5/12/2017. [http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)

proteger a las personas que no pueden, en general o en un momento determinado, salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales por sí solas.

La práctica evidencia que en muchos casos, cuando la persona disfruta de un entorno protector, no es necesario acudir a los tribunales. Lo que ocurre también cuando existen otras medidas a disposición de los particulares que no hacen imprescindibles los apoyos judiciales. Es conveniente en consecuencia arbitrar procedimientos menos complejos, más flexibles y más expeditivos cuando sean suficientes para salvaguardar los intereses de las personas, sin tener que acudir para ello necesariamente a los Tribunales.

Como ha quedado apuntado, se trata de arbitrar un elenco de medidas que cumplan con el principio de proporcionalidad, de manera que no sea preciso llegar a una medida de apoyo que implique una representación de la persona más que cuando sea estrictamente necesario. Es evidente que habrá situaciones en las que sea la única opción de protección del sujeto, cuando éste carezca absolutamente de facultades de discernimiento, y por ello se mantiene la tutela, si bien con el carácter de medida excepcional, en el sentido de último remedio, cuando la propia seguridad de la persona y de sus intereses personales y patrimoniales aconsejan una medida de tal extensión. Pero en todos aquellos casos en los que sea posible una medida menos intensa, más flexible y que permita a la persona participar en sus propias incumbencias, disfrutando de un apoyo que la acompañe en sus actuaciones, será preferible acudir a una institución como la curatela.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, si atendiendo al contexto concreto de un sujeto se han adoptado formas de salvaguarda extrajudiciales, más o menos estables, no se hace necesario acudir a una medida judicial de provisión de apoyos, habiendo permitido éstas adaptar proporcionalmente la protección a la situación particular de cada persona.

La asistencia, resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, servirá para solucionar la salvaguarda de aquellos sujetos que conserven capacidad para decidir por sí mismos y tomar decisiones con el apoyo de otra persona y sin necesidad de acudir a todo un procedimiento contradictorio. Importa destacar que esta nueva figura, copiada de las legislaciones alemana e italiana, solo puede aplicarse a petición del sujeto asistido

y comprende excepcionalmente supuestos de disminución de facultades físicas del mismo, abarcando en su caso tanto actuaciones relacionadas con su salud como con su patrimonio.

Otro de los principios esenciales que desarrolla la CDPD es el de respeto a la autonomía de voluntad del sujeto necesitado de apoyo en el diseño de su propia protección. Son muchas las personas plenamente capaces que, conscientes de su futura pérdida de facultades, quieren participar en la formulación de las medidas de apoyo que se le vayan a aplicar. Para ello se propone una regulación más precisa de lo que se denominan disposiciones de autotutela o autoprotección, y una reglamentación más detallada de los poderes preventivos que el juez deberá respetar, salvo, en su caso, mediante resolución motivada.

### **2.5. *Amministratore di sostegno* en el sistema italiano<sup>42</sup>**

El ordenamiento italiano, el cual sirvió de inspiración a la normativa catalana, contempla la posibilidad de crear “otros apoyos” en caso de persona con discapacidad en la que no concurren los requisitos para someterla un procedimiento judicial de modificación judicial de la capacidad. Esos apoyos que menciona la Convención en su art. 12.3, el legislador italiano los ha introducido en su Ley 6/2004 de 9 de enero al incluir en su Codice Civile, (arts. 404-413) la figura de *amministratore di sostegno*, esto es el “administrador de apoyo”.

La figura del *amministratore di sostegno* es mucho más elástica que la tutela y la curatela, además de estimuladora de la capacidad de obrar y de la autodeterminación de la persona beneficiaria del apoyo. Se trata de un procedimiento “para” la persona con discapacidad cuyas exigencias, necesidades y peticiones son tenidas en cuenta por la autoridad judicial a la hora de decidir los poderes y deberes del administrador de apoyo, tendiendo a la menor limitación posible de la capacidad de la persona y sin la necesidad de modificar la capacidad judicialmente.

---

<sup>42</sup> VIVAS TESÓN, I. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Difusión Jurídica, Madrid, 2010. Págs. 103-108.; GABRIELLA AUTORINO, E. “Incapacità e persona: la soluzione italiana”, DE SALAS MURILLO, S. (Coord.) *Los mecanismos de guarda...*, ob. cit., págs. 73-85.



No cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite<sup>43</sup>. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al “cuidado” en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera patrimonial de la persona. En el art. 404 del CCIt, la persona susceptible de beneficiarse de la administración de apoyo es aquella que “como resultado de una enfermedad o de una discapacidad física o mental se encuentra imposibilitada aunque sea parcial o temporalmente, para proveer a sus propios intereses”. Muestra así la normativa catalana una total similitud con el ordenamiento civil italiano, en tanto que ambas regulaciones extienden su ámbito de protección sobre la persona que cumple los dos requisitos: es mayor de edad y está afectada por una disminución no “incapacitante”. Ambas legislaciones se fundamentan, además, de una manera global en el principio de necesidad –no más protección que la necesaria y sólo en lo imprescindible–, concibiendo no sólo la asistencia sino todas las instituciones de protección de la persona desde esta perspectiva<sup>44</sup>.

Apenas iniciada la andadura de la institución de la administración de apoyo, se planteó la cuestión de constitucionalidad del art. 404 CCIt por entender que no establecía unos criterios claros para la distinción entre el presupuesto de una administración de apoyo y el de una incapacitación total o parcial. Dicha cuestión se resolvió en la Sentencia de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2005, en la que se insistía en la potestad del juez para decidir en cada caso concreto mediante la comparación y diferenciación para adoptar una medida u otra. El Tribunal Constitucional italiano ratificó el carácter subsidiario de la incapacitación, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas que, aunque vulnerables, no precisan de modificación de la capacidad. Literalmente señalaba la sentencia que el juez tutelar

---

<sup>43</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P. *Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*: El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano, 2012, págs. 6-8. [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11021/Comunicacio\\_Barron.pdf?sequence=1](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11021/Comunicacio_Barron.pdf?sequence=1)

<sup>44</sup> Véase el art. 221-1 CCCat. que aboga por un ejercicio de las funciones de protección de carácter personalista y en función de los intereses de la persona sobre la que recaen, permitiendo al máximo en cuanto sea posible el propio ejercicio de sus derechos. En Italia la ley de 2004 llevó consigo la reforma del art. 414 CCIt titulado, “personas que pueden ser incapacitadas”, con la eliminación del carácter obligatorio de la incapacitación, que se subordina al hecho de que el mayor de edad o menor emancipado se encuentre en condiciones de enfermedad mental habitual que le convierta en absolutamente incapaz de proveer a sus propios intereses, y solo si tal medida es necesaria para asegurar su adecuada protección.

podría recurrir a la medida más invasiva de la incapacitación “si no percibe intervenciones de apoyo adecuados para garantizar al incapaz tal protección “. A partir de este momento se multiplicaron los Decretos de nombramiento de administrador de apoyo para supuestos muy diversos de “minusvalías” físicas y psíquicas. Incluso aunque esta opción haya exigido una cuidadosa y específica interpretación del art. 410 CCI, que insiste en la continua interacción que ha de producirse entre el administrador y la persona asistida<sup>45</sup>.

Cuando la discapacidad es psíquica, en muchas ocasiones la comunicación con la persona vulnerable no es posible y, sin embargo, no por ello se considera inadecuada la medida de la administración de apoyo, que no lleva consigo la incapacitación. De todo ello se hace eco la Sentencia de la Corte de Casación de 26 de octubre de 2011 que resuelve sobre el nombramiento de un administrador para una persona que padecía síndrome de Down severo.

Se trata de un apoyo existencial, sumamente respetuoso de la dignidad humana, en el que la problemática patrimonial (que suele caracterizar de alguna manera a la curatela), es solo un aspecto más de las condiciones existenciales del beneficiario del apoyo, pero no el único, adquiriendo relevancia otros como el cuidado y asistencia vital de la persona. Tan es así, que en su nombramiento debe indicarse la periodicidad con la que el administrador de apoyo debe informar al juez de la actividad desarrollada y de las condiciones de vida personal y social del beneficiario (art. 405 CCI).

En definitiva se persigue dar calidad de vida a la persona con discapacidad, como se deduce del art. 410 CCI, el cual ordena al administrador de apoyo desarrollar su cometido teniendo en cuenta *las concretas y efectivas necesidades y aspiraciones del beneficiario*, a quien el administrador de apoyo debe informar acerca de los actos a realizar, lo que muestra el papel protagonista del beneficiario del apoyo, pudiendo instar él mismo el procedimiento (art. 406 CCI) o solicitar la sustitución del administrador de apoyo (art. 413 CCI). Debe existir, por tanto, un diálogo frecuente con el beneficiario. La administración de apoyo es configurada legalmente como una media tuitiva preferente a la tutela o curatela.

---

<sup>45</sup> Esta obligación de escuchar e informar a la persona asistida también la encontramos en el art. 221-4 CC catalán, en sede de disposiciones comunes a todas las instituciones de protección de la persona.

El *amministratore di sostegno* suele ser una persona del entorno familiar, si bien el Juez puede designar motivadamente otro distinto. Muy importante son los efectos del art. 409 CCIt el cual establece: *el beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran 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 la exigencia de la propia vida cotidiana.*

En cuanto a la ineficacia de los actos realizados, bien por el administrador de apoyo o bien por el propio beneficiario, por infracción de las normas o de las disposiciones contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo, el art. 412 CCIt, dispone que son anulables a instancia del administrador de apoyo, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o sus herederos.

Esta figura, de filosofía distinta a la modificación judicial de la capacidad, ofrece grandes ventajas y merecería un detenido análisis por parte del legislador español para configurar un similar modelo de apoyo en nuestro ordenamiento que, en lo posible, respete al máximo la capacidad de obrar de una persona que jurídicamente reclama protección, sin anularla ni restringir innecesariamente sus derechos más básicos, que resultan salvaguardados

Junto a los citados efectos, el éxito de este nuevo instrumento de protección en Italia reside en un procedimiento judicial muy rápido para designar al administrador de apoyo, de carácter gratuito, sin defensa y representación y con intervención del Ministerio Fiscal.

## **2.6. Ley de Jurisdicción Voluntaria**

A día de hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) es el punto culminante de introducción e interiorización de la Convención. La LJV en lo referente a los procesos de modificación judicial de capacidad, enfoca a la persona desde una óptica individualizada y concreta y deroga el término de la denominada “incapacitación”

dando paso al procedimiento de modificación judicial de la capacidad de la persona, entre otras novedades jurídicas.<sup>46</sup>

El art 2. de la LJV señala que los Juzgados de Primera Instancia tendrán la competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes que entran dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria. La competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso y el impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales atribuyéndose al juez o al Secretario judicial, según el caso, las resoluciones que expresamente se indiquen en esta Ley. Ahora bien, el art. 87.2 LJV indica que será competente en los asuntos objeto, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si la sujeción a tutela hubiera sido establecida por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido de la modificación judicial de capacidad inicial. Sin embargo y como consecuencia de la LJV, el TS está pronunciándose a favor de que si la persona con la capacidad modificada judicialmente, cambia de residencia, el competente es el Juzgado del lugar de residencia (Autos 99/2017, 157/2017 y 158/2017, por ejemplo).

Dentro de las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, respecto a la celebración de la comparecencia ante el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia de personas con la capacidad modificada judicialmente, el art 18.2.2 LJV se preocupa de garantizar “a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles”.

Asimismo, en el apartado 4º de mismo artículo “el Juez o el Secretario judicial podrán acordar que la audiencia se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.” Esta última previsión viene a reforzar la no aplicación a los procedimientos de jurisdicción voluntaria del principio de aportación de

---

<sup>46</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N. “Autonomía y protección de las personas con discapacidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia* Nº.1 año 2017, pág. 134.

parte. En estas cuestiones se reconoce la posibilidad de que el órgano judicial adopte una postura activa para la protección de los intereses de las personas afectadas por el procedimiento<sup>47</sup>.

El nombramiento de tutor o curador puede efectuarse en la propia sentencia de modificación de capacidad o bien, con posterioridad, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, como se detalla a continuación. En relación a los expedientes de tutela y curatela, se valora especialmente el interés de la persona con discapacidad, como se observa en el art 45.2 LJV: “ En la comparecencia se oír al promotor de la solicitud de modificación de capacidad, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés de (...) la persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.”

En la misma línea el art 45.4 LJV hace referencia a que “en la resolución, acordando el nombramiento de tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada”. Es preciso mencionar que sin perjuicio de este artículo, el Juez pueda acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela, así como exigir al tutor o curador un informe sobre la situación personal de la persona con capacidad modificada judicialmente y el estado de la administración de sus bienes.

Por otro lado, los expedientes para el nombramiento de defensor judicial contemplados en la LJV van dirigidos a garantizar la defensa de las personas con capacidad modificada. El art. 27.1 LJV indica, por ejemplo, que se nombrará defensor judicial en caso de que exista conflicto de intereses entre las personas con capacidad

---

<sup>47</sup> MUÑOZ GARCÍA, C. “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente” en LIÉBANA ORTIZ, JR (Dir). *Cuestiones prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 103.

modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador. También sí por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones o cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento. Además el art. 27.2 LJV, señala que también procederá nombramiento del defensor judicial cuando el representante legal o el curador no puedan ejercer la defensa por estar ausentes, negarse a ejercerla o estar imposibilitados de hecho.<sup>48</sup>

En relación a la designación del tutor, curador o guardador, es fundamental atender a su idoneidad. En el caso del tutor y curador, en primer lugar, debemos atender al art. 234 CC<sup>49</sup>. Será la resolución judicial la que establezca los deberes y facultades que conlleva tal nombramiento. El tutor o curador deberá realizar un inventario de los bienes de la persona con discapacidad (art. 46.4 LJV), y podrá solicitar el establecimiento de una retribución del cargo (art. 48.1 LJV). La excusa del cargo también es posible y ésta se regula en el art. 50 LJV<sup>50</sup>. Por último, es preciso resaltar la obligación recogida en el art 51.1 LVJ, “anualmente, desde la aceptación del cargo, el tutor o curador deberá presentar dentro de los veinte días siguientes de cumplirse el plazo un informe sobre la situación personal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y una rendición de cuentas de la administración de sus bienes, si procediera.”

---

<sup>48</sup> VIEIRA MORANTE, FJ. “Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad” en *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, N° 30, 2016, pág. 376.

<sup>49</sup> Art 234 CC: “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres. 4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.”

<sup>50</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N. “Autonomía y protección de las personas con ...”, ob. cit., pág. 142.

### **3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL: ¿Están actuando los tribunales de acuerdo a la Convención?**

Antes de comenzar esta segunda parte, debo volver a apuntar que los términos “incapaz” o “incapacitación” fueron sustituidos a raíz de la mencionada Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente. Al traer a colación sentencias anteriores a 2015, es inevitable hacer alusión a la terminología anterior la cual se presentará entrecomillada o en cursiva, para dejar claro que hoy en día, a pesar de que se sigan utilizando en diferentes pronunciamientos, no es correcto hacerlo.

Por lo tanto, en esta segunda mitad del trabajo se analizarán las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Supremo, partiendo de la conocida STS de 29 de abril de 2009 que marcó el inicio de una nueva línea jurisprudencial en materia de protección de las personas con capacidad modificada judicialmente, hasta la última de 8 de noviembre de 2017.

En la realización del estudio jurisprudencial he escogido la sentencia más trascendente de cada año desde 2014 a 2016, para finalmente analizar los últimos y más recientes pronunciamientos de 2017. También tendré en cuenta algunas de las numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales de junio a octubre de 2017 y se hará una mención a las últimas resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Navarra.

#### **3.1. Tribunal Supremo**

##### **STS 282/2009 de 29 de abril**

Si hay una sentencia que pueda considerarse un referente en este tema, ésa es la ya citada STS de 29 de abril de 2009, en materia de modificación judicial de capacidad e interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, por lo “revolucionario” de las propuestas del Ministerio Fiscal. La respuesta de la Sala abrió un nuevo camino de pensamiento cuya trascendencia se refleja en distintos

pronunciamientos posteriores que, a buen seguro van a servir de inspiración al legislador estatal, para la planteada reforma del Código Civil en este punto.<sup>51</sup>

Señala el Ministerio Fiscal que el principal problema 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 CC son acordes con la Convención. 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 nuestra normativa relativa a la “incapacitación” como medida de protección de las personas “incapaces”.

En primer lugar, conviene hacer un apunte sobre el valor normativo de la Convención, debiendo señalar que a ésta le es aplicable el art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

Centrándonos ya en el art. 12 CDPD, que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, señala el Ministerio Fiscal que:

*debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor. 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”. “(...) 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*

---

<sup>51</sup> DE SALAS MURILLO, S. “Repensar la curatela...”, ob. cit., págs. 13-14.



*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 (...).*<sup>52</sup>

A partir de lo dispuesto en el art. 12 de la Convención, sigue señalando el escrito del Ministerio Fiscal que la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica y el ejercicio de ésta, 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. Para conseguir esa igualdad, indica que:

*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". (...) 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.*<sup>53</sup>

Continúa la Fiscalía con el análisis del citado artículo haciendo mención a la expresión recogida en el artículo 12.3 CDPD, que señala: (...) *al apoyo que puede necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*. De la misma podemos extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, que el concepto *capacidad jurídica* se equipara a la capacidad de obrar del derecho civil español, esto es, a la aptitud concreta para realizar con eficacia actos jurídicos. De igual modo, se admite *que puedan necesitar apoyo*, expresión amplia y flexible que, extrapolada a nuestra regulación en esta materia, comprende desde luego al asesoramiento y ayuda a las mismas, a través de los servicios públicos de asistencia social, para que, si tienen capacidad natural de

---

<sup>52</sup> FJ, 3º - STS 282/2009 de 29 de abril.

<sup>53</sup> FJ, 3º - STS 282/2009 de 29 de abril.

entender y querer, realicen por sí solas y sin intervención de terceros tales actos; pero que también hace posible, sin exclusión de lo anterior y si en el caso concreto la persona carece de forma permanente o por tiempo indefinido de esa capacidad natural, su sujeción a un sistema institucional de apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar. Este esquema general esboza compatibilidad entre la Convención.<sup>54</sup>

Por otro lado, el Ministerio Fiscal hace referencia a que del art. 12.4 CDPD resulta la necesidad de que: *las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica... sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona* y que sus salvaguardias sean *proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona*. Esto quiere decir que las situaciones de modificación de la capacidad han de tener un contexto flexible y modulado para lo que requiera el interés y la protección de cada persona, en ejercicio de su capacidad de obrar, en función de su real capacidad de entender y querer, a lo cual atiende en la actualidad nuestro ordenamiento en el art. 215 CC<sup>55</sup> y en el art. 760.1 LEC, expuesto en la primera parte del trabajo.<sup>56</sup>

El problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de nuestro 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. Indica el TS: *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 sólo puede adoptarse como un sistema de protección. (...) 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.*

---

<sup>54</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson. 2009, Volumen 3, págs. 562-563.

<sup>55</sup> Art. 215 CC: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: a tutela, la curatela o el defensor judicial.”

<sup>56</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. “La incapacitación en el marco de la Convención...”, cit., págs. 568-569.

Una medida de protección como la modificación judicial de la capacidad, 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, señalando el Tribunal 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.*

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 personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. 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 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 (artículo 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.<sup>57</sup>”*

Nuestro sistema de modificación de capacidad, interpretado de conformidad con la CE y la Declaración Universal de Derechos Humanos, es completamente conforme con la Convención, como vamos a ver a continuación. La STS en su FJ 7º obliga a recordar la STC 174/2002, de 9 octubre que dice así:

*(...) 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),*

---

<sup>57</sup> FJ, 5º - STS 282/2009 de 29 de abril.

*mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 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 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, afirma el TS que 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. Ésta es la única posible interpretación del artículo 200 CC 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.<sup>58</sup>*

En definitiva, de acuerdo con el TS, nuestro sistema prevé instituciones que, dependiendo del grado de capacidad natural de entender y de querer del sujeto, afectan con menor o mayor intensidad al ejercicio de su capacidad de obrar, por lo que resulta completamente compatible con la exigencia contenida en el artículo 12.4 de la Convención, que establece el aseguramiento de “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”, y “que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. A la vista de lo recién

---

<sup>58</sup> FJ, 7º - STS 282/2009 de 29 de abril.

expuesto, podemos concluir que nuestro sistema vigente no vulnera en sí, la Convención, puesto que a esta última previsión responden sin duda nuestra regulación de la tutela y la curatela<sup>59</sup>.

#### STS 341/2014 de 1 de Julio

Don Justo instó la “incapacitación” total de su madre, doña Leocadia. También pidió que se le nombrara a él tutor de su madre por ser el pariente próximo más idóneo, ya que su otro hijo, hermano del primero, don Santiago, no estaba en condiciones de asumir la tutela pues padecía una esquizofrenia paranoide, con síndrome Diógenes, que había mermado su capacidad volitiva. Don Santiago también se personó en el procedimiento, pidió la “incapacitación” de su madre, pero interesó que se le nombrara a él tutor. El Ministerio Fiscal, a la vista de lo actuado, también pidió la “incapacitación” total de doña Leocadia y que se nombrara tutor a la Fundación Murciana para la Tutela. El juez de Primera Instancia declara la “incapacidad” total de doña Leocadia y, a la vista del conflicto de intereses entre los hijos de la “incapacitada”, el juzgado nombró tutor a la Fundación Murciana para la Tutela. Ambos recurren en apelación y la Audiencia desestima los recursos.

Frente a la sentencia de apelación tan sólo formula recurso de casación don Justo, sobre la base de un solo motivo. En su informe, el Ministerio Fiscal revisa los antecedentes médicos de la “incapacitada” y, después de advertir que las deficiencias son esencialmente somáticas y no psíquicas, entiende que conforme a ellas, al superior interés del “incapaz” y al criterio restrictivo marcado por la CDPD, debería haberse establecido una “incapacitación” parcial y nombrar un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que la Sra. Leocadia no pueda gobernarse por sí misma.

En el FJ 6º de dicha sentencia se indica que la “incapacitación” no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la “incapacidad”, lo que se plasma en la graduación de la “incapacidad”. La graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de

---

<sup>59</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. “La incapacitación en el marco de la Convención...”, cit., pág. 575.

ellas, y trae a colación la STS 282/2009 de 29 de abril: “el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada”.

Por otro lado, el mismo fundamento hace referencia a cómo se gradúa la “incapacitación”, señalando que:

*debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiriera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda<sup>60</sup>.*

Se exige determinar si se requiere un régimen de asistencia o uno de representación y una vez hecho aquello, determinar la esfera de actuación personal y patrimonial del primero. Es necesaria una clara correlación entre la prueba practicada y la determinación judicial.

Respecto de la tutela, está reservada para la “incapacitación” total, atendiendo siempre a la Convención que la orienta como un sistema de protección de la persona “incapacitada” que debe preservar y fomentar al máximo su autonomía. La curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para “incapacitaciones” parciales. Para distinguir cuándo procede la tutela o la curatela, hay que atender a la sentencia de “incapacitación” y ver si atribuye al guardador legal la representación total o parcial del “incapacitado”. Los magistrados indican que:

*En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la*

---

<sup>60</sup> FJ, 6º - STS 341/2014 de 1 de Julio.

*representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado<sup>61</sup>.*

El juicio de “incapacitación” debe decidirse con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, independientemente del momento en que hubieren sido alegados en el procedimiento. El Tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos (art. 752.1.II LEC), pudiendo decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes y, siempre tiene que explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos.

Además, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar la convicción del Tribunal de instancia. El TS ya no puede juzgar sobre la capacidad, sin haber explorado las facultades cognitivas y volitivas de la persona con discapacidad (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona

Por otro lado, en este caso, se estima el recurso de casación interpuesto por don Justo y se deja sin efecto la sentencia de apelación. Se estima porque la sentencia recurrida no motivaba la alteración del art. 234 CC en interés del “incapacitado”: no se justifica desde el interés de la madre, en qué medida el conflicto familiar existente entre los llamados a ejercer la tutela impide que uno de ellos asuma el cargo. Por tanto, se acuerda la remisión de los autos al Tribunal que conoció de la apelación, para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia de Leocadia y la práctica de los medios de prueba que de oficio estime oportunos para cerciorarse de si en su interés, se exige dejar de nombrar tutor a su hijo don Justo, y designar a una fundación pública tutelar, lo que en su caso deberá motivarse.

---

<sup>61</sup> FJ, 7º - STS 341/2014 de 1 de Julio.

STS 224/2015 de 13 de mayo

Los hechos de la STS 224/2015 de 13 de mayo se desarrollaron de la siguiente manera: el juez de instancia, después de valorar la prueba practicada (exploración judicial, informe médico forense y el relato de los testigos directos) apreció que D<sup>a</sup> Ana sufre una demencia senil, con deterioro cognitivo leve que, además de manifestarse en una falta de orientación temporal, le afecta a la capacidad de valerse por sí misma porque necesita atención para su cuidado personal y para administrar sus bienes.

La Sentencia de apelación corrobora lo anterior, además de que tiene reconocida una minusvalía del 90%, carece de movilidad propia al necesitar una silla de ruedas, y, precisa del cuidado de otra persona para realizar las áreas más elementales de cuidado personal, alimentación y para tomarse la medicación. Si bien goza de cierta autonomía, ésta solo es posible en un entorno protegido como el de la residencia, carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola. Ambas sentencias fallan que la persona es total y absolutamente “incapaz” para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, procediendo la constitución de la tutela.

Frente a la Sentencia de apelación se formula recurso extraordinario por infracción procesal por la “negativa discrecional y posiblemente arbitraria, irracional e ilógica de no admitirle a la demandada los medios de prueba directos como eran la prueba pericial médica del doctor en psiquiatría y la pericial de la psicóloga”. Los dos habían sido citados a la vista de la Audiencia que debía resolver el recurso de apelación, y no se permitió su declaración. También se formula recurso de casación en base a que resulta contradictorio que las limitaciones descritas en la sentencia para el cuidado de su persona, para moverse y para el cálculo mental, hayan conllevado la modificación judicial total de la capacidad.

En la fundamentación jurídica se mencionan las Sentencias 282/2009 de 29 de abril y 341/2014 de 1 de julio que señalan que conforme a la CDPD: *la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de la persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección (...) la incapacitación no cambia la titularidad de los derechos fundamentales aunque sí que determina su forma de ejercicio por lo que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.*



Por sí misma una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera, y una minusvalía administrativa del 90% no tienen por qué determinar la modificación judicial total de la capacidad de la persona, ya que: *podían habérsele preservado los espacios de autonomía que se le reconocen aunque sea en un entorno protegido (...) se debe dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades*<sup>62</sup>. Solo la determinará en la medida en que impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad.

Concluye que no consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guarden relación con su persona o su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesita de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad. En lo referente a la concepción del juicio de modificación judicial de capacidad, éste no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Desplaza así la finalidad del proceso, de la declaración de modificación judicial de capacidad, a la constitución del apoyo en función de la necesidad de asistencia o representación.

En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2.º último inciso LEC<sup>63</sup>). El Juez tiene cierta “discrecionalidad” que justificará en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella convicción psicológica.

Se cumple la prueba preceptiva del art. 759 LEC, pues los Jueces de Primera Instancia y de la Audiencia examinaron a la presunta “incapaz”, oyeron a los parientes

---

<sup>62</sup> FJ, 7º - STS 224/2015 de 13 de mayo.

<sup>63</sup> Art. 752.2 último inciso LEC: “Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.”

más próximos y recabaron los informes médicos, por lo que no era preceptiva la audiencia del médico ni de la psicóloga. Es decir, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal porque la audiencia de estos dos facultativos no resultaba determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque sus informes habían sido aportados a los autos.

El TS controla en casación la incidencia de la valoración de la prueba en la proporcionalidad de la medida, de modo que la conclusión alcanzada por el Tribunal debe estar perfectamente alineada con las pruebas practicadas; así puede señalarse cómo en la sentencia citada se estima el recurso de casación<sup>64</sup> señalando que:

*Si nos atenemos a la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre las limitaciones de la Sra. Ana, apreciaremos que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa. (...) No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión<sup>65</sup>.*

#### STS 181/2016 de 17 de marzo

Esta sentencia resuelve el recurso de casación que formulan los padres contra el pronunciamiento que priva a su hija Rosalía (a la cual se le ha modificado parcialmente su capacidad de obrar) del derecho de sufragio activo, con un motivo único por infracción de la CDPD en cuanto prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad. El recurso se desestima ya que el Tribunal considera lo siguiente:

---

<sup>64</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera” en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C (Dir). *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 74.

<sup>65</sup> FJ, 7º - STS 224/2015 de 13 de mayo.

*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 afectada doña Rosalía para adoptar la medida que se más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención (...), concretado en este caso en la privación del derecho de sufragio, como refiere la citada sentencia, en la que esta Sala ya alertó sobre el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, "más allá de la simple rutina protocolar", evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad<sup>66</sup>.*

El art. 29 CDPD “garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones, lo que incluye el derecho al voto”, y el art. 3 de la Ley 5/1985, 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”, más concretamente la sentencia objeto de análisis hace alusión a esta idea cuando señala: “Será el Juez que conozca del proceso a quien corresponda 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<sup>67</sup>.”

Por tanto, considera el TS que la privación judicial del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención, siempre que se examinen las circunstancias concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, graduando así una medida dirigida a proteger los intereses de la persona con discapacidad y el propio interés general de que el derecho de voto se ejercite de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo de la decisión adoptada. En este caso el Tribunal concluyó del siguiente modo:

*tanto la sentencia del Juzgado como la de Apelación no han actuado "de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto", antes, al*

---

<sup>66</sup> FJ, 2º - STS 181/2016 de 17 de marzo.

<sup>67</sup> FJ, 2º - STS 181/2016 de 17 de marzo.

*contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella. Consta que su nivel de competencia curricular es de un niño de 6-8 años, además de su ignorancia sobre los partidos políticos o contenido de las elecciones, que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios que se han intentado exponer, para ejercer el derecho de sufragio<sup>68</sup>.*

El 30 de junio de 2016, como consecuencia de una petición del Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad al Defensor del Pueblo para que interpusiese recurso de amparo contra esta Sentencia, se consideró conveniente recomendar que “se promoviese la reforma del artículo 3.1, letras b) y c), de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, atendiendo de este modo la Recomendación de revisión normativa que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas formuló a España en el año 2011<sup>69</sup>. Dicha reforma, en la que habría de procurarse el consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria, tendría el objetivo de reforzar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad en nuestro sistema electoral mediante la incorporación de la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el ejercicio efectivo de este derecho por las mencionadas personas, de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona pueda privarse del derecho al voto”.

---

<sup>68</sup> FJ, 2º - STS 181/2016 de 17 de marzo.

<sup>69</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (Sexto período de sesiones celebrado del 19 al 23 de septiembre de 2011), en sus observaciones finales hechas al informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención ha expresado una preocupación y ha formulado una Recomendación a España sobre este problema: “Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica número 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales”.

Recientemente, en concreto el 7 de noviembre de 2017, El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad iniciar la reforma legislativa que busca modificar la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y garantizar así el derecho a voto a todas las personas con discapacidad. La proposición defiende la supresión de los apartados 'b' y 'c' de tal ley que establecen que carecen de derecho de sufragio "los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio" y "los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio", respectivamente. Unas 100.000 personas más podrán ejercer su derecho a voto en las elecciones municipales y autonómicas de 2019.

#### STS 530/2017 de 27 de septiembre

El Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de León, dictó sentencia declarando la modificación judicial total de capacidad de doña Paulina, para regir su persona y bienes y para el ejercicio de sus derechos cívicos y políticos; y consecuentemente, acordó el nombramiento de doña Ana María (su hermana), como tutora respecto doña Paulina

La Audiencia Provincial de León, dictó sentencia en la que deja sin efecto la modificación judicial total de capacidad de doña Paulina y, en su lugar acuerda su modificación judicial parcial de capacidad, manteniendo lo ya establecido sobre el nombramiento de tutora en el apartado primero del fallo de la sentencia recurrida en relación con los actos para los que se incapacita a la demandada.

El padre de doña Paulina formula recurso de casación contra la anterior sentencia alegando que *su hija sufre una discapacidad del 45% por un retraso mental ligero y considera que puede desenvolverse de una forma autónoma en lo que se refiere a su vestido y cuidado personal, que conoce el dinero, que sale con sus amigos ella sola, que va y viene sola del centro al que acude, que accede a las redes sociales y que se relaciona a través de las mismas, por la que la declaración de incapacidad de su hija no aporta nada nuevo a su situación de protección, estabilidad y cuidados*. En Base a lo anterior, considera que se debe nombrar un curador y no un tutor puesto que doña

Paulina no puede ser considerada con las mismas necesidades de supervisión que una persona con un grado de discapacidad muy superior y por ello no debe ser sometida al mismo régimen, lo que podía hacerse con la supervisión de la madre y no de su hermana. En base a lo anterior, el TS en su FJ, 2º.3 se expresa en los siguientes términos:

*La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.*

*La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría crear lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del art. 287 CC ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona....*

*En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.*

Por lo que, con arreglo a estos hechos y a la doctrina expresada, se debe estimar en este aspecto el recurso, concretando los apoyos que deberán prestarse para que doña Paulina pueda completar su capacidad por medio de un curador y no de un tutor.

Por último en el FJ, 3º se señala que no hay razón alguna para que en este recurso se altere el criterio de la sentencia en cuanto al nombramiento de tutor ya que

simplemente se alegó un argumento voluntarista ajeno a lo que se ha tenido en cuenta para designar a una y no a otra para el cargo, en este caso ya no de tutor sino de curador.

STS 838/2017 de 4 de octubre

La sentencia recurrida confirma la de primera instancia que modifica la capacidad de la demandada, apelante y ahora recurrente. Se modifica la capacidad de forma parcial, únicamente en lo relativo al suministro de medicamentos y seguimiento farmacológico del trastorno mental que padece la demandada. El objetivo es proceder a un control periódico, adecuado y constante del curso de su enfermedad, con fijación de un régimen de curatela que deberá ser ejercida por una entidad sin ánimo de lucro y con el deber del curador que se designe, de informar anualmente sobre el estado de salud, lugar de residencia y situación personal y familiar de Carlota.

En el recurso de casación, la recurrente mantiene que no padece ningún trastorno que le impida gobernarse por sí misma, y que se le está privando de su libertad de elegir sobre su salud con base a un diagnóstico obsoleto del año 2010, sin permitirle realizar pruebas con un médico psiquiatra especializado, cuando en estos siete años ha mejorado en todos los aspectos de su vida y está perfectamente preparada para afrontar todas las circunstancias. Subsidiariamente alega que siendo totalmente capaz de autogobernarse en todos los sentidos de su vida, es capaz también para designar la persona que ha de actuar como curador, entendiendo que debería ser su padre. Sin embargo el TS en su FJ, 2º indica que:

*El recurso de casación interpuesto no puede prosperar por incurrir en causa de inadmisión por inexistencia de interés casacional porque la solución del problema planteado depende sustancialmente de las circunstancias concurrentes en cada caso y la doctrina jurisprudencial invocada sólo podría conllevar una modificación del fallo omitiendo hechos declarados probados por la sentencia recurrida y eludiendo su razón decisoria (artículos 483.2.3.º LEC). La recurrente elude, en cuanto a la enfermedad padecida, las circunstancias probadas a las que atiende la sentencia recurrida para aplicar la consecuencia jurídica, como los sucesivos ingresos hasta el año 2015, con informes del año 2016, discrepando en definitiva del resultado de la valoración de las diferentes pruebas médicas*

*practicadas. En cuanto al nombramiento del curador, la recurrente elude que la sentencia atiende a la posición que mantiene el padre de la recurrente en relación con la enfermedad de su hija considerando innecesaria la medicación, sin haber logrado en el pasado que Carlota siga el tratamiento y pudiendo su nombramiento como curador constituir una fuente de conflicto en las relaciones familiares.*

Por tanto, no se contempla en este caso un supuesto de plena capacidad para decidir sobre la salud ni la idoneidad del padre de la demandada para asumir la curatela. La parte recurrente altera los hechos que contempla la sentencia recurrida desde su disconformidad de la valoración de la prueba, pero la jurisprudencia de esta sala a la que hace referencia, sólo podría conllevar una modificación del fallo si se omiten hechos declarados probados por la sentencia recurrida.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto en la fundamentación jurídica que antecede, no es posible tomar en consideración las manifestaciones realizadas por la recurrente en el trámite de alegaciones, en relación a la admisión del recurso interpuesto, quedando acreditada la enfermedad y la necesidad de medicación, junto con la nula conciencia de la misma por la demandada, por lo que se confirma la modificación de su capacidad de forma parcial y nombra curador a una entidad sin ánimo de lucro.

#### STS 552/2017 de 11 de octubre

En julio de 2014, el curador (Ruperto, hijo de Frida) solicitó la modificación judicial total de la capacidad de Frida para gobernar su persona y bienes, y que consiguientemente se constituyera un régimen de tutela designándose tutor a él. Frida se opuso a lo solicitado en la demanda y pidió, además, que se revisara el juicio de capacidad anterior, en el siguiente sentido: que se ampliara la “incapacitación” (...) a aspectos médicos relacionados con la salud y toma de decisiones médicas. También solicitó que fuera sustituido del cargo de curador su hijo Ruperto y que en su lugar se nombrara a la Fundación Tutelar Beroa. Por su parte, el Ministerio Fiscal pidió que se mantuviera la modificación judicial parcial de la capacidad respecto del control de su enfermedad; y que se mantuviera en el cargo tutelar a Ruperto.



El juez de Primera Instancia, después de haber explorado a Frida y de haber analizado todos los informes médicos, incluido el del médico forense, declara la modificación total de la capacidad de Frida, cambia el régimen de curatela a tutela y nombra tutor a su hijo Ruperto, que hasta entonces era curador. La sentencia fue apelada por Frida, al no estar de acuerdo con ninguna de las decisiones. La Audiencia vuelve a analizar de forma pormenorizada los informes de los médicos y concluye que: *dada la intensidad sintomática, los riesgos que conlleva y la extensión de su patología consideramos que debe declararse la incapacidad total de Frida. En cuanto al cargo tutelar, la Audiencia entiende que no existe un real conflicto de intereses entre Ruperto y su madre, Frida, ni se ha acreditado que hubiera realizado una mala actuación cuando era curador. Confiere relevancia a que todos los hermanos que viven en Vitoria, seis de los siete, estén de acuerdo en que se haga cargo de la tutela Ruperto. Por todo ello confirma su nombramiento.*<sup>70</sup>

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por Frida, sobre la base de un solo motivo: la decisión del Juzgado de Primera Instancia de revisar la capacidad de Frida para declarar su modificación judicial total de la capacidad y el cambio de la curatela por la tutela; y el que confirma la decisión del juzgado de designar tutor a Ruperto, hijo de Frida. El TS destaca que: *aunque el trastorno psíquico que padece Frida distorsiona su percepción de la realidad, expresamente se admite que en su vida diaria goza de autonomía para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir... De tal forma que la necesidad de apoyos a los que se refiere el art. 12 CDPD, guarda relación con la necesidad de garantizar su correcta atención médica, que pasa por su sujeción al tratamiento psiquiátrico.*<sup>71</sup>

De acuerdo con la sentencia, la falta de conciencia de enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento, lo que agrava su situación. El principal apoyo del que precisa Frida y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias e imprescindibles para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende.

---

<sup>70</sup> FJ, 1º 4) - STS 552/2017 de 11 de octubre de 2017.

<sup>71</sup> FJ, 3º 4) - STS 552/2017 de 11 de octubre de 2017.

El juez debe afinar y ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos por lo que, en este caso, la modificación judicial total de la capacidad resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente a Frida de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica. La privación de capacidad no afecta esencialmente a la representación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, entonces la guarda legal puede ajustarse a la curatela. Lo anterior se enmarca en la distinción que respecto de la procedencia de la tutela y la curatela hicimos en la sentencia 341/2014, de 1 de julio.

En la actualidad, Ruperto y sus seis hermanos son los más próximos en el orden legal de prelación de personas llamadas a asumir la tutela de la persona a la que se le ha modificado la capacidad judicialmente, conforme al art. 234 CC. Ruperto es el único que ha manifestado voluntad de asumir la guarda legal de su madre y cinco de los hermanos están de acuerdo en que sea él. La única que discrepa es una hermana que vive en el extranjero.

La sentencia recurrida, a pesar de que la persona con discapacidad había solicitado expresamente que no fuera nombrado tutor su hijo Ruperto sino una fundación tutelar, ha confirmado en el cargo tutelar a Ruperto por entender que era mejor para Frida.

Las dos objeciones que podrían justificar la designación de una fundación tutelar, en vez de a su hijo Ruperto, son las mencionadas en el recurso al citar dos causas legales que inhabilitan para asumir un cargo tutelar: la enemistad con la persona “incapacitada” (art. 244.2º CC) y la existencia de conflicto de intereses (art. 244.4 CC). Como muy bien razona la Audiencia, en un caso como este, no existe propiamente enemistad manifiesta entre Frida y su hijo Ruperto, lo cual puso de manifiesto del siguiente modo:

*La sintomatología propia del trastorno que padece Frida explica que tenga reticencias respecto de quien hasta ahora ha ejercido de curador. Lo lógico es que Frida, sin conciencia de enfermedad, dirija las ideaciones de persecución y de perjuicio sobre las personas que le rodean y sobre todo quien, de alguna forma, al ejercer la guarda legal, de hecho ha tenido que contenerla y, en beneficio e interés de ella, llevarle la contraria.*

*Estos sentimientos no pueden equipararse al supuesto legal de enemistad manifiesta, como tampoco revelan ningún conflicto de interés. Además nunca se han aducido qué intereses concretos puede tener Ruperto que entren en conflicto con los de su madre Frida<sup>72</sup>.*

Por todo lo anterior, el TS confirma la designación de Ruperto como curador con las funciones que resultan de la modificación de capacidad acordada, es decir, el apoyo necesario e imprescindible, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende.

#### STS de 596/2017 de 8 de noviembre

El Ministerio Fiscal interpuso demanda solicitando la determinación de la capacidad jurídica de Paulino. La sentencia en Primera Instancia declaró la modificación de la capacidad de forma plena del demandado para regir su persona y bienes, con el consiguiente sometimiento al régimen de tutela, designando como tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid (AMTA). A su vez, declaró extinguido el poder otorgado por el Paulino en 2015, a favor de doña Adela (empleada remunerada que atiende y asiste en el cuidado de Paulino, conviviendo con su marido en el domicilio junto con Paulino) ante un Notario de Madrid como consecuencia de la modificación de la capacidad.

La sentencia motiva que Paulino se encuentra desorientado en tiempo y lugar y presenta deterioro de la memoria en aspectos importantes y relevantes de su vida. Es dependiente para todas las actividades de autocuidado personal como de su salud, incluida la deambulaci3n (es desplazado en silla de ruedas). Tiene incontinencia de esfínteres y desconoce la moneda actual, sus ingresos y gastos. Sus funciones cognitivas superiores y ejecutivas se encuentran severamente afectadas. La médico forense concluye en su informe que Paulino padece deterioro cognitivo moderado-severo por enfermedad de alzhéimer y dependencia funcional severa, de carácter permanente e irreversible en el tiempo, no existiendo terapéutica medicamentosa para su curaci3n, aunque si paliativa. En orden a la designaci3n de la persona que haya de desempeñar el cargo de tutor, la sentencia de Audiencia expone que:

---

<sup>72</sup> FJ, 4º 1) - STS 552/2017 de 11 de octubre de 2017.

*la relación de dependencia de don Paulino con doña Adela no constituye causa por sí para, ahora, y en el ámbito judicial y legal, bendecir tal relación con la concluyente designación para el cargo de tutora en favor de doña Adela , y sin perjuicio de aclarar que no se pone en tela de juicio la positiva y generosa labor y gestión de esta última respecto del cuidado, asistencia y manutención llevada a cabo por esta última en beneficio de Don Paulino, ni tampoco consta que doña Adela haya causado perjuicio económico patrimonial alguno a don Paulino , pero es lo cierto que llegado este momento, y la grave declaración judicial contenida en la sentencia apelada, sobre incapacidad declarada de don Paulino , y a la falta de la relación de parentesco entre una y otra persona, don Paulino y doña Adela , la Sala considera ajustado a derecho la designación para el cargo de tutor de un tercero, en este caso, una Institución plenamente solvente, a la sazón, la AMTA.<sup>73</sup>*

La representación procesal de Paulino interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia. El recurrente entiende que “la sentencia no protege adecuadamente la dignidad del demandado y su derecho, pese a las limitaciones que padece, a permanecer en su domicilio, en su casa, su barrio, su entorno, sus cosas, donde está su vida”. El recurrente refiere que la previsión o enfoque de la sentencia sobre el traslado a una residencia por parte de la AMTA, no se ajusta a la realidad y propone “disgregación en la tutela, nombrando tutora en la esfera personal a Adela, cuyo buen hacer recoge la sentencia y en quién confía el demandado que si bien no hizo designación expresa a efectos de tutela si otorgó poder notarial a su favor en el año 2015”. El TS en su FJ, 2º: decisión de la sala, hace referencia a la STS de 298/2017 de 16 de mayo en los siguientes términos:

*El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención.*

---

<sup>73</sup> FJ, 1º 4) - STS de 596/2017 de 8 de noviembre.

*La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).*

En aquel caso, el TS atendiendo a las circunstancias concretas, sí que decidió pronunciarse en sentido diferente a la Primera y Segunda Instancia, y modificó el régimen de tutela a curatela. Sin embargo, en esta STS de 8 de noviembre de 2017 mantiene su decisión de no modificar la tutela: *aplicando la citada doctrina a los hechos que se declaran probados sobre la capacidad del recurrente, que no han sido combatidos, es correcta la valoración jurídica que se hace sobre modificación plena de su capacidad, pues no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. Por tanto, la opción por la tutela, como forma de apoyo más intensa, es correcta, y así lo entendió la parte recurrente, pues tanto en el recurso de apelación como en el presente recurso de casación solo discrepa sobre la designación que hacen ambas*<sup>74</sup>.

Por último, en relación a la designación de tutor, el TS se apoya en un pronunciamiento suyo anterior, concretamente en la STS 635/2015 de 19 de noviembre y que es perfectamente aplicable a este caso: *la revisión en casación solo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección de estas personas a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, y es evidente que la sentencia recurrida ha entendido que este interés está debidamente protegido y lo ha hecho con motivación suficiente, sin que la parte recurrente justifique*

---

<sup>74</sup> FJ, 2º 3) - STS de 596/2017 de 8 de noviembre.

*que se oponga al mismo, por lo que no procede su revisión desde la perspectiva del mejor interés de la madre discapacitada*<sup>75</sup>.

La parte recurrente confunde en su recurso la designación de la tutora que propone con que ésta sea imprescindible para que la persona con discapacidad conserve “su forma de vida actual, su libertad de ambulación, el contacto con sus amigos y con las personas con las que ha mantenido relación durante los últimos años, conservar el contacto con un entorno conocido para el mismo, dado que dicho nombramiento es el único que le permitiría continuar residiendo en su domicilio de toda la vida, entorno físico y personal que le provee de la habitualidad, familiaridad, tranquilidad y seguridad que necesita.” Por lo que se confirma a la AMTA en el cargo tutelar.

Concluyendo, así como la STS de 29 de abril de 2009, seguía apegada al sistema legal tradicional vigente en el CC, las de los últimos años constituyen una manifestación de los principios de informan el sistema del CC reinterpretados a la luz de la CDPD. Estos 10 últimos años ponen de manifiesto el nacimiento de una nueva línea jurisprudencial que aplica directamente la Convención apoyándose en el sistema de protección español. De este análisis realizado sobre los procesos de capacidad de las personas puede concluirse que, aunque pudiendo necesitar nuestro ordenamiento de una reforma<sup>76</sup>, ésta puede modernizarse sobre los principios de proporcionalidad, autonomía personal y pluralidad de guarda que lo informan<sup>77</sup>.

### **3.2. Audiencias Provinciales**

Vista la línea jurisprudencial que ha seguido el TS desde la STS de 29 de abril de 2009, me parece conveniente confrontar esta jurisprudencia con la denominada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, para comprobar cómo éstas han tomado nota de ese cambio jurisprudencial. A continuación se reseñan brevemente algunos de los numerosos pronunciamientos de los últimos meses.

---

<sup>75</sup> FJ, 2º 4) - STS de 596/2017 de 8 de noviembre

<sup>76</sup> En el Plan Normativo del Gobierno de España para 2018, se incluye la previsión de reformas para adaptar el ordenamiento a la CDPD entre las que se encuentra la Ley por la que se reforma el CC y la LEC en materia de discapacidad.

<sup>77</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La reinterpretación jurisprudencial...”, págs. 59-60.

La SAP de Cádiz 310/2017 de 16 de junio, recoge que el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia fallando que don Gaspar tiene limitada su capacidad de obrar, de tal modo que debe ser sometido a curatela. Su madre interpuso recurso de apelación con la pretensión de que se declare la modificación judicial total de la capacidad de su hijo, como anteriormente solicitó en Primera Instancia. La Audiencia en su FJ 1º trae a colación una STS de 4 de abril de 2017 que reiteraba una vez más la idea siguiente:

*se exige en los procesos de modificación de la capacidad un conocimiento de la situación en la que se encuentra en su vida diaria la persona cuya capacidad se pretende modificar y saber cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si esta persona puede actuar por sí misma o, en otro caso, establecer los apoyos que esa persona precisa. La Convención incorpora a nuestro derecho interno un nuevo prisma bajo el que contemplar la incapacitación. Se trata no tanto de privar a una persona de su capacidad, o de que se declare a una persona incapaz, sino, más bien, de que se acrediten sus limitaciones o falta de habilidades para el pleno ejercicio de su capacidad de obrar y, en base a ello, se fijen las medidas de apoyo necesario para suplir esas limitaciones. La esencia no es fijar una medida de apoyo para que actúe en nombre de la persona con discapacidad, sino más bien fijar una medida de apoyo para que actúe junto a esa persona. Por todo ello, se podría concluir que una incapacitación total no se debería declarar nunca, o al menos solo muy excepcionalmente, de manera que los procesos de modificación de la capacidad de obrar, no deben tener por objeto la privación de dicha capacidad, sino más bien el fijar las medidas de apoyo necesario, para que dicha persona pueda ejercerla por sí mismos, o si la ejerce a través de terceras personas, estas respeten su voluntad y/autonomía en la medida de la posible.*

Por lo tanto, tras la valoración de las pruebas practicadas y escuchar a don Gaspar, la Audiencia llega a las mismas conclusiones que la sentencia anterior del Juzgado en torno a descartar la modificación judicial total de la capacidad y optar por un sistema de modificación parcial de la misma, ya que don Gaspar se encuentra perfectamente habilitado para realizar las funciones más corrientes de su propia vida, desestimándose así el recurso de apelación.

Por otro lado, la SAP de Lugo 299/2017 de 29 de septiembre recoge cómo la sentencia de Primera Instancia estima la solicitud de “incapacitación” de doña María Inmaculada y en consecuencia declara su modificación judicial total de capacidad para

governar su persona y bienes. En consecuencia, le declara sujeta a tutela nombrando tutora a la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos. Esto último ha sido recurrido por su hija, por un lado, y sus sobrinas por otro. La Audiencia recuerda en su FJ, 2º, la STS de 3 de junio de 2016 que declara lo siguiente: *el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla.*

Una de las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal es porque el primero carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, ya que puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. También es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela.

En esta ocasión, el fin de ambos recursos es la revocación de la designación de la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos como tutora de Dª María Inmaculada, por existir parientes próximos que pueden desempeñar correctamente tal cargo, como son, en concreto, las dos partes recurrentes, esto es, su hermana Margarita y sus dos sobrinas.

El examen de toda la prueba que obra en las actuaciones llevó a la Audiencia a considerar que, a pesar de que Dª Margarita es hermana de Dª María Inmaculada, no le puede atender de un modo tan satisfactorio como sus sobrinas ya que se encuentra ingresada en una residencia y vive parte del tiempo en Barcelona. En cambio, Dª Melisa y Dª Natividad residen próximas a su tía, han demostrado conocer sus necesidades y un afectuoso respeto a la propia personalidad de aquella que hizo ver a la Audiencia más aconsejable un nombramiento conjunto de ambas como tutoras de Dª María Inmaculada.

Otro ejemplo es la SAP de A Coruña 321/2017 de 4 de octubre que recoge la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, la cual desestimó la demanda de modificación judicial total de la capacidad promovida por los padres de don Urbano. Ahora se recurre en apelación por los demandantes doña Zaira y don Marcos,



progenitores de aquel, suplicando con su revocación, la estimación de la demanda. La Audiencia Provincial de A Coruña en su FJ 3º:

*Que como consecuencia de dicha demencia que don Urbano padece, si bien no le impide llevar una vida independiente como las realización de las tareas básicas, es cierto también que por razón de sus limitaciones físicas de nacimiento tiene reconocida una minusvalía de un 81%, motivo por el cual necesita la ayuda de tercera persona para su cuidado, aseo y vestido, pudiendo, eso sí, manejar pequeñas cantidades de dinero, esa misma limitación le induce a interpretaciones erróneas de la realidad, con importante déficits, lo que afecta a la toma de decisiones en asuntos económicos complejos, necesitando en estos casos la supervisión de terceras personas. Lo que fue comprobado por apreciación directa del Tribunal en la audiencia practicada en esta alzada, tomando como ejemplo, sus dificultades en la valoración de bienes, entre otros, como viviendas o automóviles, si bien consideramos que conserva su capacidad para autogobernar su persona, así como para decidir por sí misma en cuanto a la mayor parte de los aspectos patrimoniales o económicos de la vida diaria siempre que no sean complejos.*

A la luz de lo anterior, queda acreditado que no es coherente con los principios del art.12 CDPD instaurar una tutela. La Audiencia, apoyándose en jurisprudencia del TS mencionada anteriormente, falla estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimando en parte la demanda declarando la modificación judicial parcial de la capacidad de don Urbano. Se instituye la curatela encomendada a sus padres doña Zaira y don Marcos, para que le asistan en el seguimiento del tratamiento médico que deba recibir, como para llevar a cabo actos jurídicos complejos y uso de tarjetas de crédito entre otros... pudiendo disponer de dinero de bolsillo sin asistencia del curador hasta un máximo de 150 mensuales.

Por último, en Navarra, analizando las tres últimas Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en esta materia, se observa cómo también se está siguiendo la Jurisprudencia del TS en relación a las líneas marcadas por la Convención. La SAP de Navarra 408/2015 de 3 de noviembre, mantiene el régimen de tutela dictado en Primera Instancia, a raíz de haber escuchado al marido y hermanas de la presunta “incapaz”, haber examinado a la misma y tras la valoración de dos informes forenses muy concluyentes aludiendo que en base a la afectación que la apelante padece, no permite

establecerse un sistema de curatela. Sin embargo, en la SAP de Navarra 193/2016 de 25 de abril, la incidencia de la referida patología en la capacidad de autogobierno del recurrente no se considera como severa o total, ni da lugar a una modificación judicial plena de la capacidad que se acordó en Primera Instancia, por lo que sí se modifica el régimen a curatela.

Para finalizar, en relación a la designación de tutor en esta Comunidad, la Convención también debe estar presente a la hora de resolver las cuestiones que puedan plantearse en torno a la persona que haya sido designada para el cargo de tutor, por lo que la SAP de Navarra 447/2015 de 20 de noviembre, modifica el nombramiento de tutor respecto al que se dictó en Primera Instancia, primando así el interés de la persona a la cual se le modificó judicialmente su capacidad. La Audiencia Provincial de Navarra prescinde del orden de prelación establecido a la hora de nombrar a tutor ya que acredita la existencia de un conflicto de intereses que surge tras el fallecimiento de un hermano, es decir, un nuevo hecho que no existía en Primera Instancia y que ahora es trascendente.

En definitiva, con estos ejemplos recientes de las Audiencias Provinciales, se constata la extendida tendencia a la curatela que impera frente a la tutela en los últimos años, a raíz de la Convención, así como el hecho de apartarse del orden legal establecido en la designación del tutor con el objetivo siempre de proteger a la persona cuya capacidad se ha modificado judicialmente y su interés.

#### **4. CONCLUSIONES**

1- La Convención es un tratado de Derechos Humanos que protege los derechos de las personas con discapacidad, siendo la igualdad y la no discriminación, sus principios claves. El cambio de mentalidad que provoca el texto tiene como consecuencia más importante el que la persona con discapacidad deja de ser un “objeto” de políticas asistenciales, pasando a ser un sujeto de Derecho. También obliga a los Estados a adoptar medidas encaminadas a la plena inclusión social de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y derechos.

2- La confrontación que planteaban algunos autores a raíz del artículo 12 CDPD, sobre la capacidad jurídica y la capacidad obrar, está resuelta en el Derecho civil español diferenciándose ambos conceptos. El sistema español de modificación de capacidad, interpretado conforme a la CE y a la Declaración Universal de derechos Humanos, es completamente acorde a la Convención. Es una medida de protección judicial que asegura los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

3- El cambio de mentalidad social a raíz de la Convención obligó a un cambio jurisprudencial considerable, siendo la STS de 29 de abril de 2009 el modelo de adaptación de la Convención en nuestro país. La normativa interna española de protección está siendo reinterpretada tomando como referencia el instrumento internacional. En los últimos años, las sentencias están siendo “habilitantes y no limitantes”, permitiendo así el desarrollo de un proyecto de vida.

4- La aplicación de la regulación actual en línea con la jurisprudencia fijada por el TS, respeta los principios de proporcionalidad y autonomía, es decir, contribuye al propósito de la Convención que persigue “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

5- Este cambio jurisprudencial evidencia la tendencia que existe hoy en día a la curatela en vez de a la tutela, ya que como medida de asistencia es un apoyo flexible y acorde a los principios de la Convención. También se ha constatado el hecho de apartarse del orden legal establecido en la designación del tutor en aras a proteger a

la persona cuya capacidad se ha modificado judicialmente. Ahora se le da máxima importancia al interés y protección de la persona.

6- En los diferentes sistemas de protección es necesaria una valoración previa, concreta e individualizada de cada persona, alejándose de formalismos protocolarios. De este modo, la conclusión alcanzada por el Juez, debe estar perfectamente alineada con las pruebas practicadas.

7- Debemos adecuar el lenguaje al nuevo paradigma de capacidad. Conceptos como “incapacidad”, “incapaz” o “incapacitación” son hirientes de sensibilidades y estigmatizan, por lo que, con la promulgación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en 2015, tales términos quedan derogados, dando paso al procedimiento de modificación judicial de capacidad y persona con la capacidad modificada judicialmente.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.; CUENCA GÓMEZ, P.; PALACIOS RIZZO, A “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español” en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.
- BARIFFI, F. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en PÉREZ BUENO, L (Dir). *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- BARIFFI, F. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Cinca, Madrid, 2014.
- BARRANCO AVILÉS, M; CUENCA GÓMEZ, P; RAMIRO AVILÉS, MA. “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad” en *Anuario de la Facultad de Derecho nº5 (Universidad de Alcalá)*, 2012.
- CERRADA MORENO, M. *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CUENCA GÓMEZ, P. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm., 24, Época II, enero 2011.
- CUENCA GÓMEZ, P. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 10, diciembre 2012.

- DE BARRÓN ARNICHEs, P. *Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*: El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano, 2012. [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11021/Comunicacio\\_Barron.pdf?sequence=1](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11021/Comunicacio_Barron.pdf?sequence=1)
- DE PABLO CONTRERAS, P. “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson. 2009, Volumen 3.
- DE SALAS MURILLO, S. “Repensar la curatela” en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, enero-diciembre 2013.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la sala primera” en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C (Dir). *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, N. “Autonomía y protección de las personas con discapacidad” en *Revista general de legislación y jurisprudencia* Nº.1 año 2017.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la CDPD”, en DE SALAS MURILLO, S. (Coord). *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Dykinson, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MUÑOZ GARCÍA, C. “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente” en LIÉBANA ORTIZ, JR (Dir). *Cuestiones prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PÉREZ BUENO, L. “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, L (Dir). *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la convención, sus implicaciones en el derecho privado español” En *Capacidad jurídica y discapacidad. JOSÉ JAVIER SOTO RUIZ (Dir.)*. Tomo I: Derecho común. Madrid: Observatorio Estatal de la Discapacidad, Cuaderno de Trabajo nº7. 2009.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), PEREÑA VICENTE, M. (Coord.) *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. La Ley, Madrid, 2011.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. y ÁLVAREZ LATA, N., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 2010.

TORRES GARCÍA, T. “Efectos de la incapacitación” en GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>ª</sup>C en *Tratado de derecho de la persona física, Tomo II*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

VIVAS TESÓN, I. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

VIEIRA MORANTE, F<sup>º</sup>J. “Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad” en *Derecho privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, Nº 30, 2016.

#### OTROS TEXTOS:

Asociación de Profesores de Derecho Civil. Libro I, De las personas, tercer borrador, mayo 2017, Título VII Cristina Amunátegui Rodríguez, Cristina Guilarte Martín – Calero, Natalia Álvarez Lata y M<sup>ª</sup> Victoria Mayor del Hoyo. Web visitada última vez el 5/12/2017. [http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)

Documento de antecedentes elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005, capacidad jurídica, págs. 17-18. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>

DISABILITY ALLIANCE, *Legal opinion on Article 12 of CRPD (junio 2008)*. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/212>

Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones de 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Observaciones generales y días de debate general. Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité, analizando el párrafo 2 del artículo 12. Web última vez consultada el 5/12/2017. <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/discapacidad/Comite-ONU/CRPD-og1-castellano.pdf>

Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado: “*Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*”. 3º “La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad”. Web última vez visitada el 5/12/2017. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INSTRUCCION%203-2010.pdf?idFile=0bd5f429-1a9c-42f7-a7f1-46991eb20944](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCION%203-2010.pdf?idFile=0bd5f429-1a9c-42f7-a7f1-46991eb20944)



## **6. JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC (Sala 2ª), 09/10/2002, núm. 174/2002.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 08/11/2017, núm. 597/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 08/11/2017, núm. 596/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 11/10/2017, núm. 522/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/10/2017, núm. 838/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 27/09/2017, núm. 530/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 16/05/2017, núm. 298/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/04/2017, núm. 216/2017.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 03/06/2016, núm. 373/2016.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 17/03/2016, núm. 181/2016.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 13/05/2015, núm. 224/2015.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 01/07/2014, núm. 341/2014.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 29/04/2009, núm. 282/2009.

Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 15/11/2017, núm. 157/2017.

Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 04/10/2017, núm. 158/2017.

Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 13/09/2017, núm. 99/2017.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Coruña (Sección 4ª), 04/10/2017, núm. 321/2017.

SAP Lugo (Sección 1ª), 27/09/2017, núm. 299/2017.

SAP Cádiz (Sección 5ª), 16/06/2017, núm. 310/2017.

SAP Navarra (Sección nº3), 25/04/2016, núm. 193/2016.

SAP Navarra (Sección nº3), 20/11/2015, núm. 447/2015.

SAP Navarra (Sección nº3), 03/11/2015, núm. 408/2015.