

2018 - 11 - 12

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2016

Número 101 (Mayo-Agosto)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2696

Comentario

1. Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2023 (CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO))

Comentario

1 Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2023)

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

ISSN 0212-6206

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 101
Mayo - Agosto 2016

Sumario:

1. Introducción: De la incapacitación a la capacidad modificada judicialmente
2. El proceso de modificación de la capacidad
 - 2.1. La naturaleza del procedimiento
 - 2.2. La especialidad de la prueba
3. Los principios rectores de la protección: Su vulneración
 - 3.1. El principio de proporcionalidad
 - 3.2. El principio de autonomía
4. Valoración crítica

RESUMEN:

La modificación de la capacidad debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona

ABSTRACT:

The change in capacity should be adapted to the particular need for protection of the disabled

con discapacidad, lo que se plasma en la proporcionalidad de la medida y, en la medida de lo posible, en la preservación de un espacio para el ejercicio de sus derechos y libertades.

PALABRAS CLAVE: capacidad - prueba - proporcionalidad - autonomía

person, which is reflected in the proportionality of the measure and, as far as possible, in preserving a space for the exercise of their rights and freedoms.

PALABRAS CLAVE: legal capacity - test procedure - proportionality - autonomy

1. INTRODUCCIÓN: DE LA INCAPACITACIÓN A LA CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

La Sentencia objeto de este comentario se incardina en la línea jurisprudencial en materia de capacidad iniciada por la ya conocida sentencia de 29 de abril de 2009. Desde entonces varias han sido las sentencias dictadas por el Alto Tribunal, contribuyendo todas ellas, en mayor o menor medida, al establecimiento de una línea de interpretación de la normativa del Código civil a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. En ésta, como se verá, se reiteran pronunciamientos anteriores pero se reconoce, novedosamente, la consagración de un espacio para la autonomía personal.

Esta nueva perspectiva, consecuencia, sin duda, de la ratificación de la citada Convención de Nueva York y de su eficacia directa, se aprecia asimismo en el reciente cambio terminológico que prescinde de la *incapacitación* y de los *incapacitados* para hablar de personas con la capacidad judicialmente modificada y que obliga al intérprete a realizar una tarea de adaptación terminológica no siempre afortunada. Así en la sentencia comentada se observa con claridad cómo el Ministerio Fiscal, probablemente el operador jurídico más sensible y comprometido con el enfoque de la Convención, utiliza su terminología en la redacción de su demanda, en la que habla de *juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, extensión de la capacidad jurídica, medios de apoyo para la conservación de la capacidad jurídica determinada*; expresiones que son, a mi juicio, desafortunadas, pues recuérdese que capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y esta cualidad en nada queda afectada por la declaración judicial que únicamente alcanza al ejercicio de esta capacidad jurídica. La sentencia del Juzgado de Primera instancia hace uso de la terminología tradicional y declara que la demandada *es total y absolutamente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes*. En cambio, en este punto, el Tribunal Supremo, más respetuoso, afirma que la finalidad de este proceso es *la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica* (FJ 5).

A día de hoy la adaptación a la Convención en materia de capacidad jurídica se limita a esta adaptación legal de la terminología, que parece poco atinada, y, por ello, a la luz de aquel texto se han puesto en cuestión distintos extremos de la regulación del Código civil sobre los que ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo y que, junto al novedoso tratamiento del principio de autonomía, se encuentran reiterados en la sentencia de 13 de mayo de 2015. Estos aspectos son: la naturaleza del procedimiento de incapacitación y su adecuación al texto internacional, la adaptabilidad de la medida o apoyo a la necesidad de protección y la preservación de un espacio para la autonomía personal, en la medida de lo posible; proporcionalidad y autonomía que deben derivarse de la prueba practicada y así motivarlo en la sentencia.

2. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

La recurrente formula un recurso extraordinario por infracción procesal basado en la no

admisión de los medios directos de prueba propuestos consistentes en una prueba pericial médico-psiquiátrica y en una prueba psicológica (audiencia en la vista). Al analizar este motivo, el Tribunal Supremo trata varios aspectos de interés y lo hace *de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006* : la naturaleza del procedimiento y la especialidad de la prueba y, en particular, la forma en que ésta contribuye a formar la íntima convicción del juzgador.

2.1. LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

En este punto la Sentencia parte de la doctrina contenida en la Sentencia de 29 de Abril de 2009, que considera vigente el sistema de protección del Código civil con la lectura siguiente: *1.º que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única 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.*

Recuérdese que, además, la Sentencia de 2009 fija su doctrina jurisprudencial, reiterada en pronunciamientos posteriores¹⁾, sobre el proceso de incapacitación como medida de protección de las personas incapaces²⁾: *«Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:*

a) *La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial” (asimismo STS 14 de julio de 2004).*

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 de principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término comparación es diferente: el enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.*

La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (art.14 CE), tiene que

representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre que en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta 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».

Ahora bien, la sentencia comentada introduce una particularidad muy importante, cual es, desplazar la importancia del procedimiento de la incapacidad a la protección de la persona; textualmente dice: « *el juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.* Se observa aquí que el Alto Tribunal prescinde de la interdicción, inhabilitación o incapacidad para centrar la protección en la provisión del apoyo o constitución del órgano de guarda; lo que parece muy oportuno *lege ferenda*» .

2.2. LA ESPECIALIDAD DE LA PRUEBA

No se estima el único motivo del recurso de infracción procesal (falta de audiencia al psiquiatra y psicólogo propuestos por la recurrente) en atención a la especialidad que presenta la práctica de la prueba en este proceso. Expresamente señala la sentencia que *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).* Como es sabido el artículo 759 LEC recoge las pruebas que con carácter preceptivo deben practicarse en el proceso y el artículo 752 LEC autoriza al juez a *decretar de oficio cuantas estime pertinentes* .

Así el juez está obligado a dar audiencia a los parientes más próximos, examinar al presunto incapaz y acordar dictamen pericial médico; *se trata de una norma imperativa de alcance constitucional que va más allá del principio de inmediación y que se convierte en un requisito de fondo previo al fallo* ³⁾. La práctica de estas tres pruebas está dirigida a formar la opinión del juzgador acerca de la existencia de la enfermedad y de su incidencia sobre la capacidad de autogobierno de la persona para poder confeccionar lo que la Sala denomina un traje a medida, esto es, la perfecta delimitación de las necesidades de protección y la constitución de los apoyos precisos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Así se señala que *Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa 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 adquiera 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. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).*

El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, pero

deberá razonar en su sentencia cómo ha llegado a *aquella determinada convicción psicológica*. Pues bien, analizada la prueba practicada por la instancia se verifica que se ha cumplido con el examen de la recurrente, de sus parientes más próximos, se han recabado los informes médicos pertinentes e, incluso, se ha interrogado a los médicos que la atienden y a las personas que la cuidan en la residencia. El juez motiva en su sentencia la valoración de la prueba y cómo llega a la íntima convicción de que la recurrente no está en condiciones de regirse a sí misma y precisa de alguien que no sólo le asista en la realización de las tareas más elementales, sino también que la represente en sus intereses personales y patrimoniales. Ante la cumplida prueba practicada, no considera el Tribunal Supremo que la decisión de no oír al psiquiatra y a la psicóloga en la vista acordada por el Tribunal de apelación, constituya una grave infracción que provoque la nulidad del proceso: *La audiencia de estos dos facultativos no resulta determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas, y porque sus informes habían sido aportados a los autos*.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA PROTECCIÓN: SU VULNERACIÓN

3.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El recurso de casación se articula en un único motivo que se funda en la vulneración del principio de proporcionalidad, toda vez que se decreta la incapacitación total y absoluta en contradicción con las pruebas practicadas. El Tribunal Supremo estima el motivo. Con claridad meridiana el Supremo alude, en esta sentencia, a la necesidad de adaptar la incapacitación a la necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, o lo que es lo mismo a la necesidad de graduar la incapacitación. Principio que rige en el derecho español desde hace más de treinta años y que, sin embargo, es puesto hoy en valor a la luz de la Convención y de su artículo 12, como si de algo nuevo se tratase.

Puede recordarse a vuela pluma que, en la regulación originaria del Código civil, se establecía, con carácter general, un modelo de incapacitación de intensidad única, máxima y completa con una única figura de protección, la llamada tutela de familia cuya complicada constitución exigía el nombramiento de tutor, protutor y consejo de familia con una finalidad casi exclusivamente patrimonial⁴. Se configuraba como una restricción de la personalidad civil para los supuestos de demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil. Esquema legal que se resumía en incapacitación total —ineficacia jurídica de la propia voluntad— sustitución por otra persona⁵. Este modelo ha sido cuestionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 27 de marzo de 2008, asunto Chtoukatourov c/Russie donde, remitiéndose a los principios relativos a la protección jurídica de los mayores formulados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación R (99), 4 de 23 de febrero de 1999, según los cuales la legislación debe prever una respuesta individualizada para cada caso concreto, el Tribunal observó que la ley rusa sólo conocía dos supuestos: la plena capacidad y la incapacitación total, sin contemplar situaciones intermedias. Mismo régimen, entonces, que el de nuestro Código civil originario⁶.

En 1983, se reforma moderna y completamente esta materia sobre la base de tres principios que considero, con matizaciones, plenamente adecuados a la filosofía de la CIDPCD:

a) El principio de graduabilidad de la incapacitación, en cuya virtud se ajusta la declaración de incapacitación al grado de incapacidad singular y concreta de cada persona; la discapacidad no es relevante en sí misma sino sólo si afecta a la capacidad de autogobierno (artículo 200 CC) y como garantía se exige que su constatación se haga en un procedimiento judicial (art. 199 CC). Correlativamente se incluyó en el Código civil la regulación del llamado procedimiento de incapacitación

que, posteriormente y con buen criterio, se traslada a la Ley de Enjuiciamiento civil (2000), donde, bajo la rúbrica *De los procesos sobre la Capacidad de las personas*, se introducen algunas mejoras importantes como, por ejemplo, permitir el nombramiento del cargo tutelar en la misma sentencia que declara la incapacitación. Este principio de graduabilidad se identifica con el principio de proporcionalidad.

b) El principio de tutela de autoridad, conforme al cual esta materia sale del ámbito de lo privado y se somete al control y fiscalización de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal (art. 216 CC), con un reconocimiento expreso, sin embargo, del papel de la familia en el desenvolvimiento de la protección de la persona necesitada de protección (artículo 234 CC).

c) El principio de pluralidad de guarda que permite dispensar una protección diversa en función de las circunstancias; una intensidad variable que se corresponde con dos regímenes legales, la sustitución o representación legal y la asistencia (art. 215 CC). Sin duda, en este punto, es conveniente avanzar en la dirección que han seguido otros países de nuestro entorno, introduciendo mecanismos de apoyo que no afectan a la capacidad de las personas y que permiten una mayor y mejor adaptación de la protección a las necesidades concretas de la persona (administrazione di sostegno en Italia, la asistencia en el derecho catalán)⁷⁾.

Pues bien, es evidente que el juez en su sentencia debe determinar la extensión de la «incapacitación» en atención a la prueba practicada: así en función del grado de discernimiento y de la autonomía que conserva la persona con discapacidad deberá optar por un régimen de asistencia o representación y, a continuación, determinará la esfera afectada por la asistencia o la sustitución. Por tanto, el principio de proporcionalidad incide en la elección del tipo de apoyo (representación o asistencia) y en la delimitación del ámbito de actuación afectado por la medida o el apoyo.

El Tribunal Supremo disiente de la valoración de la prueba realizada en la instancia por que, de una parte, la delimitación del ámbito de actuación es total, sin reconocer ni preservar un espacio de decisión a la recurrente cuando de las pruebas se deduce que conserva habilidades en la esfera personal (principio de autonomía) y, de otra, por que bastaría que se complementara su capacidad en la esfera patrimonial con atribución de funciones de administrador.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, la sentencia recurrida declara la incapacidad total y absoluta de la recurrente y la somete a tutela y el Tribunal Supremo se inclina, parece⁸⁾, por una curatela con funciones de administración. En este punto, la sentencia sigue la estela de los pronunciamientos previos en los que se observa una clara tendencia a reconocer la curatela como el sistema de protección más respetuoso con los postulados de la Convención y, en particular, con la autonomía e independencia personal; piénsese que la instauración de la curatela presupone la actuación del curatelado y la función del curador se limita a una supervisión o fiscalización de los actos que se manifiesta en el apoyo o autorización del acto de que se trate, de manera que la persona conserva la iniciativa y la decisión última respecto de la gestión de sus asuntos e intereses.

Paralelamente, se reinterpreta, se dice, esta figura que se extiende al ámbito personal, concretamente, en cuestiones relativas a la salud, superando la interpretación doctrinal mayoritaria que limitaba el ámbito de esta institución a la esfera patrimonial ⁹⁾: *En el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo del artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de la*

enfermedad (STS 1 de julio y 27 de noviembre de 2014; STS 20 de octubre de 2015). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 estima los recursos de casación y declara que D. Camilo *es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un curador. En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y auto cuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio o economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea intervalos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)* ¹⁰.

Además, se considera preferente respecto de la rehabilitación de la patria potestad, si la protección a dispensar se configura como asistencia y no como sustitución o representación. Así la Sentencia de 20 de octubre de 2014 rechaza la rehabilitación de la patria potestad que aplicada a una persona mayor de edad *implica una medida de mayor contenido y alcance, no sólo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención. Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida* .

Se reserva, entonces, la constitución de la tutela o de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, a los supuestos en los que *no existe ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que ésta pueda realizar por si sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra en estos casos, la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de ésta última. El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo autorización judicial* (STS 1 de julio de 2014).

En esta sentencia que se comenta la atribución de funciones de administrador al tutor también se aparta de aquella tesis doctrinal estricta que limita la curatela a una función estrictamente asistencial en lo patrimonial y que, sin duda, conviene revisar, hoy, a la luz de los postulados de la Convención ¹¹.

3.2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El reconocimiento de la autonomía como criterio rector de la protección de las personas mayores de edad vulnerables se recoge en distintos textos de referencia en la materia. En el marco europeo, debe citarse la Recomendación n.º R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados que diez años más tarde se considera plenamente vigente y adecuada en la importante Recomendación CM/Rec (2009) 11 sobre los principios relativos a los poderes permanentes y las directivas anticipadas en previsión de la incapacidad; en el derecho interno debe tenerse presente, en todo momento, la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 6 de noviembre de 2006 (en adelante CIPCD) que permite reinterpretar el sistema vigente a la luz de sus principios ¹².

En estos textos se consagra la autonomía como criterio orientador y rector del sistema de protección en sus distintas fases o vertientes. Así, la Recomendación (99) establece que *siempre que sea posible, el mayor debería tener la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de manera jurídica efectiva* (Principio sexto) y dedica el Principio noveno *al respeto de los deseos y sentimientos de la persona interesada* que tiene una doble manifestación, de una parte, el respeto, en la medida de lo posible, a la elección de persona encargada de asistirle o representarle y, de otra, el deber de información sobre las cuestiones importantes que le afecten, para que, si es posible, pueda expresar su opinión. Por su parte la Recomendación CM/Rec/2009 11, considera que la autodeterminación es esencial para el respeto de los derechos humanos y de la dignidad de la persona y por ello recomienda a los Estados miembros su promoción a través del reconocimiento y regulación de los poderes preventivos y de las directivas anticipadas en previsión de una eventual incapacidad. Por último, el artículo 3 CIPCD, bajo la rúbrica *Principios Generales*, recoge, en su apartado a), el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; se impone a los Estados Partes, en el artículo 12, la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, medidas que deberán ser proporcionales al grado en que afecten a los derechos e intereses de las personas, adaptadas a sus circunstancias y de carácter temporal y, en todo caso, deberán respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y garantizar que no haya conflicto de intereses ni influencia debida.

En esta materia, se comprueba un importante cambio en la sensibilidad del Alto Tribunal hacia la autonomía de las personas con discapacidad, destacando como principio fundamental *la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que les permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención* (STS de 24 de junio de 2013; STS 14 de octubre de 2015).

El respeto a este principio se traduce en una obligación del Juzgador de **reconocer y potenciar la capacidad acreditada en cada caso**, de manera que la persona conserve en aquel ámbito su capacidad de decisión y autonomía personal y a éste no alcanzará la asistencia o representación legal establecidas. Se trata de proteger a la persona, tratando de preservar al máximo su capacidad; así en la sentencia comentada se estima el recurso de casación al advertir una contradicción, *pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. 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 su 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 la cuide para cubrir sus necesidades personales y asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.*

No es objeto del recurso de casación la designación de tutor que desconoce la preferencia manifestada por la recurrente en la contestación a la demanda en la que señala a su hija Luz frente a su hijo Ceferino que es el finalmente nombrado por el juez en atención a las actuaciones previas de uno y otra. En esta materia el Tribunal Supremo también ha marcado una línea interpretativa favorable al reconocimiento de la voluntad y

preferencias de las personas con discapacidad. Dos sentencias del Tribunal Supremo han tenido que decidir sobre el alcance de la voluntad de la persona protegida en la elección de la persona titular del cargo tutelar; la primera de ellas, la Sentencia de 17 de julio de 2012, relativa al alcance y límites de la delación voluntaria de la tutela (autotutela) y la segunda, la Sentencia de 30 de septiembre de 2014, relativa al valor de las preferencias manifestadas en el proceso por la propia demandada.

La Sentencia de 17 de julio de 2012 : en este caso concurrían una serie de circunstancias que conviene tener presentes para comprender la decisión del juez de no nombrar tutora a la persona designada por el demandado. Los hechos eran los siguientes: D. Obdulio retira cantidades importantes de dinero para su posterior ingreso en una cuenta abierta conjuntamente a su nombre y al de la persona que le asiste, con la que no tiene ningún parentesco y a la que otorga un poder general; actuaciones denunciadas por el Banco y que abren unas diligencias previas que fueron finalmente sobreesididas. Con posterioridad a la denuncia pero con carácter previo a la demanda de incapacitación planteada por el Ministerio Fiscal, D. Obdulio otorga escritura pública en la que, para el caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo, según lo establecido en el artículo 223 CCiv, dispone que se designe tutora a su cuidadora, D.^a Puri. El Juzgado de Primera instancia dicta sentencia declarando la incapacitación parcial para la disposición y administración de sus bienes y nombrando tutora a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, nombramiento que justifica así: *no procede nombrar tutora a D.^a Puri, dado el importante patrimonio de D. Obdulio y las actitudes de D.^a Puri de las que se deduce que existe un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece y la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la Administración pública tutora del mismo* . Nombramiento que confirma la Audiencia Provincial al entender que *debe primar el interés superior del incapacitado, procurando designar a la persona más idónea, para salvaguardar sus bienes de la posible influencia de terceras personas ajenas con intereses espurios, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio, razones que avocan ratificar la decisión de la instancia* . También el Tribunal Supremo confirma la decisión de la instancia al desestimar el recurso de casación planteado por D. Obdulio que, junto a la sustitución de la tutela prevista por la curatela, solicita sea respetada su voluntad y preferencias puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que designaba su tutor. El Tribunal Supremo considera que *« En la llamada autotutela, el art. 223.2 CC establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, “en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en un documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor”; consecuencia de ello, el art. 234.1 CC establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo con el artículo 223.2 CC Sin embargo, el propio artículo 234.2 CC establece que “excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del incapacitado así lo exigiere”.* También en el artículo 222-9 CCC se da preferencia a la persona designada por el incapacitado en el acto de delación voluntaria. Sin embargo, en el propio artículo 222-9 CCC se permite al juez prescindir de esta persona, según las circunstancias del caso, si se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al efectuar dicha delación voluntaria, o bien si se efectuó en el curso del año anterior a la declaración de incapacidad y en este caso, el art. 222-10 CCC establece que la designación de tutor corresponde al juez cuando no hay persona designada o su nombramiento no es adecuado y ello siempre que sea conveniente para los intereses de la persona menor o incapacitada (art. 222-10.3 CCC). De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección.

En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada esta circunstancia concurre en el presente procedimiento» ¹³⁾.

La Sentencia de 30 de septiembre de 2014 : en este caso la voluntad y preferencias de la persona necesitada de protección se manifiestan en el curso del procedimiento que declara su incapacitación y su sometimiento a tutela y en que se designa tutora a su hija, frente a su deseo de permanecer con su hijo y que éste sea nombrado tutor. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran que los celos de la incapacitada hacia su hija carecían de entidad y eran propios de una persona mayor y enferma. Se interpone recurso de casación que se estima al considerar el Tribunal Supremo que la Audiencia Provincial no valora adecuadamente la voluntad de la recurrente y ello sobre la base de las siguientes consideraciones: *En primer lugar, es obligado tener en cuenta la voluntad de D.ª Olga. A tenor de lo establecido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría... la voluntad de D.ª Olga es inequívoca. No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho que quiere vivir con su hijo y no con su hija... es la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como D.ª Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida... Sucede, además, que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial. Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de D.ª Olga, la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas... (arts. 232 y 233 CC).*

Puede concluirse, entonces, que la voluntad de la persona necesitada de protección en orden a la elección de la persona que debe dispensarle los apoyos y cuidados, tutor o curador, se respetará siempre, a no ser que sea contraria a su interés¹⁴⁾. Debe, por tanto, motivarse la decisión incluyendo las razones en las que se apoya el juzgador para no atender a la voluntad expresada antes o durante el procedimiento. Motivación que incluye el juzgador en la sentencia que se comenta que para justificar el nombramiento de Ceferino como tutor, atiende a las siguientes razones. *Los parientes más próximos llamados por la Ley para hacerse cargo de la tutela son los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz. De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino, que es quien más se ha preocupado de ella desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra, la visita entre semana y la lleva al médico. En la residencia, cualquier problema o cuestión relativa al cuidado de Ana se la trasladan a su hijo Ceferino.*

Por otra parte, en el parte de quejas y reclamaciones de la residencia, consta que la hija se llevó a la madre a su casa para pasar un domingo sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que a la paciente le hubiera subido mucho la glucosa.

Aunque Luz había denunciado que su hermano tenía un conflicto de interés con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, no ha quedado constancia del mismo.

4. VALORACIÓN CRÍTICA

Esta sentencia constituye un importante paso para el reconocimiento y respeto del principio de autonomía en la protección de las personas con discapacidad. La obligación del juzgador de preservar la capacidad en la medida de lo posible, que puede manifestarse

bien en la asistencia como fórmula más respetuosa con los postulados de la Convención, bien en la consagración de un espacio para la autonomía personal, será un instrumento valiosísimo para invertir la aplicación judicial del sistema de protección del Código civil y evitar las numerosas sentencias de modificación de la capacidad que se limitan a declarar la incapacidad máxima con el correspondiente sometimiento a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, sin coser el famoso traje a medida que, por su dificultad y su incidencia sobre derechos y libertades fundamentales, debería ser *hecho a mano* .

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

Cfr. SSTs 17 julio y 11 de octubre de 2012; STS 24 de junio de 2013; SSTs 30 junio, 1 de julio, 20 de octubre y 27 de noviembre de 2014; SSTs 14 y 20 de octubre de 2015.

2

La defensa del TS se basa en la garantía del procedimiento judicial y en la intensidad variable que refleja la existencia de una pluralidad de instituciones de guarda y protección, de forma similar a lo regulado en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y calla sobre la adecuación de un procedimiento de incapacitación o interdicción a la finalidad perseguida, cual es, la provisión o instauración de los apoyos que precisa la persona con discapacidad para ejercer en igualdad de condiciones su capacidad jurídica. Considera el TS la incapacitación como una forma de protección y la protección, en realidad, se canaliza a través de los apoyos y no a través de la incapacitación; a mi juicio, los procedimientos de interdicción o incapacitación son contrarios a los principios de la Convención y es preciso sustituirlos por un procedimiento judicial, con todas sus garantías, cuya finalidad no sea la limitación ni privación de capacidad para, posteriormente, constituir un órgano de protección, sino constatar judicialmente la necesidad de protección y proveer directamente a su constitución con las debidas garantías (examen de la persona, audiencia de su entorno y dictamen médico y social). Consideran conforme el procedimiento de incapacitación a los postulados de la CIDPC, RUBIO TORRANO, E., «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva York»,  [Westlaw](#); PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho Privado y Constitución* , n.º 23, 2009, pp. 361-362.

3

Cfr. SS 20 marzo de 1991, 16 de septiembre de 1999.

4

Recuérdese que en los casos de sordomudez y prodigalidad la incapacitación era menos intensa, aunque siempre sustitución de la propia voluntad, y esta fórmula es la que, por vía de analogía, extendió el Tribunal Supremo a los casos de debilidad mental (STS 5 de marzo de 1947).

5

Cfr. BADOSA COLL, F.: «La personalitat civil restringida. Les seves causes. El seu statut jurídic», en *La Personalitat civil*, Barcelona, 1984, p. 88.

6

Tanto el Tribunal Constitucional (STC 174/2002, de 9 de octubre), como el Tribunal Supremo (STS 29 de abril de 2009, 17 de julio de 2012) limitan la incapacitación máxima o total a los casos en que 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* y se descarta *una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado*.

7

En este sentido las Observaciones formuladas a España por el Comité de la Onu sobre discapacidad respecto de los informes remitidos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 CNY resultan concluyentes: *preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.*

8

Ante la necesidad de practicar la exploración de la recurrente ante el TS, se considera más conveniente remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta las conclusiones del TS y por ello habrá de verificar cómo se traslada esta especie de curatela con función de administración.

9

Vid. ampliamente, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 116 y ss.

10

Adviértase que se impone la asistencia para la disposición mortis causa cuando el testamento es un acto personalísimo que el curatelado podrá realizar o no realizar, en atención a su capacidad en el momento de testar, pero nunca hacerlo con la asistencia de su curador. Misma extensión se determina en la STS de 15 de octubre de 2014 y en la de 20 de octubre de 2015.

11

Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela*, pp. 148-159.

12

El 23 de noviembre de 2007, España ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006 (BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008), cuya entrada en vigor, a tenor de lo establecido en el artículo 45 CIPCD, se produce el 3 de mayo de 2008.

13

Se desestima el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal porque la sentencia razona recurrida razona adecuadamente la denegación de la designación de la persona propuesta como tutora por el interesado en previsión de ser declarado incapaz y ello evaluando diferentes factores: 1.º La decisión se ha tomado teniendo en cuenta que para el nombramiento de la persona encargada de la tutela, debe primar el interés superior del incapacitado. 2.º El incapacitado es muy influenciado por personas ajenas, dada su enfermedad. 3.º Estas mismas razones llevan a evitar el nombramiento de personas que pudieran administrar su importante patrimonio, de forma no conveniente a sus intereses. 4.º Y todo ello deriva del enjuiciamiento de la prueba obrante en autos.

14

En la STS 30 de junio de 2014 el Tribunal Supremo estima el recurso de casación somete al incapacitado a curatela y nombra curadora a su pareja tal y como solicitaba el incapacitado, frente a la instancia que consideraba que la relación existente entre ambos no era clara y con la finalidad de impedir abusos nombraba tutor al Instituto Tutelar de Vizcaya; y en la STS de 1 de julio de 2014 se estima el recurso de casación porque la sentencia recurrida no motivaba la alteración del artículo 234 CC en el 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.