

# 12.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2009

### La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Comentario a cargo de:  
PEDRO DE PABLO CONTRERAS  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Universidad de La Rioja*

#### SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009

*Ponente: Excmo. Sra. Doña Encarnación Roca i Trías*

**Asunto:** La sentencia resuelve la alegada incompatibilidad del nombramiento de tutor en un proceso de incapacitación con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008. Entiende el Tribunal Supremo que nuestro vigente sistema de incapacitación, interpretado de conformidad con la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos, es completamente conforme con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

# **Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009**

## **La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**

PEDRO DE PABLO CONTRERAS

*Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Rioja*

### **Resumen de los hechos**

Doña Victoria, mujer de edad avanzada y notable patrimonio, fue inducida a abandonar la finca familiar por sus hijos don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio, a los cuales parece ser otorgó un poder general que, entre otras cosas, les habilitaba para realizar actos de administración y disposición patrimonial en su nombre. En este contexto, sus otras hijas doña María Cristina y doña Carmela, considerando que doña Victoria no podía gobernarse por sí misma, pidieron que se declarara judicialmente su incapacitación determinando su “extensión o límites” y que se nombrara a otra de sus hijas, doña Flor, o en su caso a la persona que judicialmente se considerara más adecuada, “para que asista o represente a la incapaz y vele por ella”. En el procedimiento, se opusieron a la demanda don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio actuando como representantes de doña Victoria, los cuales solicitaron que no se declarara la incapacitación o, en otro caso, que se rechazara el pretendido nombramiento de doña Flor y se nombrara a cualquiera de ellos o, subsidiariamente, a un tercero. Doña Flor, por su parte, compareció posteriormente y se adhirió a la demanda interpuesta por sus hermanas doña María Cristina y doña Carmela.

La sentencia de primera instancia declaró a doña Victoria “incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio”, y “en consecuencia” nombró tutoras de su persona a sus hijas Flor y Ariadna, “quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente”, y tutor de sus bienes a don Gabino, sujeto no interviniente en el proceso.

Contra dicha sentencia formuló recurso de apelación doña Victoria a través de sus hijos y apoderados don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan An-

tonio, y por otro lado doña Flor, los cuales fueron resueltos por la Audiencia Provincial en sentido desestimatorio, confirmando la sentencia de instancia.

Los apoderados don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio, en nombre de su madre doña Victoria, formularon recurso de casación, que el Tribunal Supremo resolvió declarando la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y reponiendo las actuaciones la momento anterior al de ser dictada para que procediera a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 759.3 Lec., esto es, a practicar de nuevo y de oficio en apelación las pruebas requeridas por dicho precepto para decidir la incapacidad.

Practicadas de oficio dichas pruebas, la Audiencia Provincial ratificó su primer fallo, si bien suprimiendo la expresión “solidariamente” del modo de ejercicio de la tutela conjunta por la hijas de doña Victoria doña Flor y doña Ariadna. Contra esta sentencia, don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio volvieron a interponer, como apoderados de su madre, recursos de infracción procesal y casación, que el Tribunal Supremo resuelve, desestimándolos, en la sentencia que es objeto de este comentario.

## COMENTARIO

**Sumario:** **1. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su incidencia en nuestro Derecho interno.** 1.1. *Sobre el valor normativo de la Convención.* 1.2. *Disposiciones de la Convención que inciden en nuestro sistema de modificación de la capacidad de obrar y en el contenido de las situaciones de incapacidad.* **2. Incidencia de la Convención en las situaciones de incapacidad.** 2.1. *“Personalidad jurídica”, igualdad ante la ley y “ajustes razonables”.* 2.2. *“Capacidad jurídica” y “ejercicio de la capacidad jurídica”.* 2.3. *Constitución de las situaciones de incapacidad.* 2.4. *Modulación y subsistencia de las situaciones de incapacidad.* **3. La tutela y la curatela: su conformidad con la Convención.** 3.1. *Discapacidad y guarda de hecho.* 3.2. *El contenido de la tutela y la curatela.* **4. Conclusión.** **5. Bibliografía.**

### 1. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su incidencia en nuestro Derecho interno

La Organización de las Naciones Unidas aprobó en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que ratificó España el 23 de noviembre de 2007 y se publicó en el BOE el día 21 de abril de 2008.

En su intervención en el recurso de casación resuelto por la sentencia objeto de este comentario, el Ministerio Fiscal argumenta, en sustancia –véase la excelente síntesis de su posición en el fundamento jurídico tercero–, que dicha Convención veda el modelo de “*sustitución en la toma de decisiones*” y sólo permite

otro de “*apoyo o asistencia en la toma de decisiones*”, y de ahí concluye ha de entenderse desplazada la constitución de la tutela y estimarse que, mientras no haya una reforma legislativa, lo procedente es nombrar al incapacitado un curador. Sobre esta cuestión versa básicamente la notable aportación jurisprudencial de la sentencia, que –anticipo ya que, a mi juicio, con acierto– rechaza tan radical conclusión.

### 1.1. Sobre el valor normativo de la Convención

Como es obvio, a la mencionada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad le es aplicable el artículo 96.1 de la Constitución, a cuyo tenor “*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 mismos tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”.

De este precepto se infiere que las *disposiciones* de los tratados, una vez publicados éstos, *desplazan y prevalecen* en su aplicación, mientras estén vigentes conforme a lo que resulte de ellos o del Derecho internacional, a las normas legales –y, por supuesto, reglamentarias– que las contradigan, sean éstas anteriores o posteriores a la inserción de aquéllos en nuestro ordenamiento interno. Esto sucede, desde luego, si esas *disposiciones* son *self-executing*, esto es, permiten resolver o decidir con ellas una cuestión concreta, que probablemente son “*las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales*” a las que se refiere el artículo 1.5 del Código civil como “*de aplicación directa*” tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Pero del artículo 96.1 de la Constitución se infiere también que las *disposiciones not self-executing* de los tratados, esto es, las que requieren para decidir cuestiones determinadas de un ulterior desarrollo legislativo o reglamentario, también provocan ese desplazamiento de las normas del Derecho interno en la medida en que éstas sean incompatibles con ellas, lo que es tanto como decir que actúan siempre como *normas sobre normas*: en concreto, como *reglas vinculantes para la aplicación e interpretación* del Derecho interno de modo conforme a sus principios o prescripciones.

En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hay *disposiciones* de ambas clases: algunas son directamente aplicables por estar formuladas como normas jurídicas en sentido estricto y de otras –que son mayoría– se infiere su naturaleza *not self-executing* en cuanto su ratificación por los Estados determina para éstos el nacimiento de una obligación de acometer reformas en su Derecho interno que lo hagan conforme con los principios y objetivos contenidos en aquélla. A estas últimas se refiere su artículo 35.1, que obliga a los Estados Partes a presentar al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que crea el artículo 34, “*un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Con-*

*vencción*”, en un plazo de dos años desde la entrada en vigor de ésta y sin perjuicio de los ulteriores a presentar al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite (cfr. art. 35.2); y, sobre todo, los apartados a) y b) de su artículo 4.1, que expresan el compromiso de los Estados Partes de “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”, así como el de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

### *1.2. Disposiciones de la Convención que inciden en nuestro sistema de modificación de la capacidad de obrar y en el contenido de las situaciones de incapacidad*

En norma desde luego directamente aplicable, la Convención empieza por determinar que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1, párrafo segundo). Esta definición incluye, desde luego, a aquellos en quienes concurra lo que el artículo 200 del Código civil considera “causas de incapacidad”, esto es, que padezcan “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”; aunque es necesario indicar ya que el de *persona con discapacidad* es un concepto mucho más amplio que el de *posible incapacitado* conforme a las reglas de nuestro ordenamiento: este último sólo lo es aquel al que su concreta discapacidad le impide “gobernarse por sí mismo”; pero la Convención afecta a otros a los que, pudiendo regir por sí solos su persona y bienes, tienen deficiencias que de hecho pueden perjudicar “su participación plena y efectiva en la sociedad” en las mismas condiciones que los no discapacitados.

Según las alegaciones del Ministerio Fiscal que son analizadas por la sentencia, el precepto de la Convención que puede afectar a los procesos y situaciones de incapacidad es su artículo 12. Esta disposición, tras reafirmar que las personas con discapacidad “tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (apartado 1), obliga a los Estados Partes a reconocer que “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (apartado 2) y a adoptar “las medidas pertinentes” para proporcionarles acceso “al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (apartado 3). Es de observar, por lo pronto, que el primer apartado contiene una norma directamente aplicable, mientras que los otros dos, sin perjuicio de su eficacia interpretativa del Derecho vigente, remiten a un ulterior desarrollo legislativo por cada Estado.

Pero además del artículo 12, muchas de las demás disposiciones de la Convención afectan sin duda alguna al contenido de las situaciones de incapacita-

ción, en particular en cuanto el propósito de la misma no es otro que *“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”* (artículo 1, párrafo primero). Y uno y otras han de ponerse en relación con el artículo 3.a), que formula como principio general de la Convención *“el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*.

## **2. Incidencia de la Convención en las situaciones de incapacitación**

El marco general hasta aquí expuesto es el que ha de tenerse en cuenta para analizar, como se hace a continuación, el posible desplazamiento o modificación, por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de las normas del Derecho español formalmente vigentes en relación con los procesos y las situaciones de incapacitación.

### *2.1. “Personalidad jurídica”, igualdad ante la ley y “ajustes razonables”*

Como ya se ha indicado, el artículo 12 de la Convención empieza por establecer que, con carácter universal, se reconoce la *personalidad jurídica* de las personas con discapacidad, lo que no hace sino reiterar, para este caso concreto, los artículos 1 y 6 de la Declaración Universal de derechos humanos, según los cuales *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* y *“todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

Estas disposiciones internacionales adoptan sustancialmente una perspectiva *estática*, significando o poniendo de manifiesto que los discapacitados, por su propia naturaleza como personas, son destinatarios del Derecho objetivo igual que cualesquiera otras. En este sentido, es notoria la relación del artículo 12.1 de la Convención con su artículo 5, que empieza por reconocer que *“todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”* (apartado 1), por lo que *“los Estados partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”* (apartado 2).

Pues bien, sobre esta base la principal aportación de la Convención es la que resulta del resto de su artículo 5, según el cual, *“a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”* (apartado 3), y *“no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”* (apartado 4). La igualdad

formal ante la ley está garantizada en todo caso y deriva de la personalidad jurídica de los discapacitados; pero, esto supuesto, la gran aportación de la Convención es la apuesta por la “igualdad de hecho”, lo que determina la legitimidad de un régimen de *discriminación positiva*, esto es, de la adopción de medidas normativas y de acciones concretas para asegurar a aquéllos la efectiva aplicación, en las mismas o más cercanas condiciones que los demás, del Derecho objetivo.

En estas condiciones, el *núcleo duro* de la igualdad que se persigue no es otro que el de los derechos humanos y libertades fundamentales de que, igual que cualquier otra persona, son titulares los discapacitados. Así, el artículo 2 de la Convención dice que por “*discriminación por motivos de discapacidad*” se entenderá “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*”; e incluye la denegación de “*ajustes razonables*”, esto es, “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”. A partir de ahí, la Convención va refiriéndose a éstos y también a los *derechos económicos, sociales y culturales* de los discapacitados –así, los derechos a la vida (artículos 10 y 11), acceso a la justicia (artículo 13), libertad y seguridad (artículo 14), protección contra la tortura (artículo 15), contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16) y de la integridad personal (artículo 17), libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18), derecho a vivir de forma independiente (artículo 19), libertad de expresión (artículo 21), respeto de la privacidad y la familia (artículos 22 y 23), derechos a la educación, la salud y al trabajo (artículos 24, 25 y 27) y participación en la vida política y pública (artículo 29) y en la cultural (artículo 30)– delimitando en ocasiones los “*ajustes razonables*” que le parecen procedentes, sin perjuicio de contemplar algunas medidas y objetivos de carácter general –así, las de *toma de conciencia social* a que se refiere el artículo 8, la *accesibilidad* del artículo 9 y la *habilitación y rehabilitación* de los discapacitados que contempla el artículo 26– y distinguir el nivel de vinculación de los Estados según se trate de una u otra clase de derechos (cfr. apartado 1 y 2 del artículo 4).

Este enfoque de la Convención es del todo conforme con el Derecho constitucional español, que, aparte de considerar la *dignidad de la persona* –de todas las personas– como un “*fundamento del orden político y de la paz social*” (artículo 10.1 CE), afirma la igualdad de todos los españoles ante la ley, “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” (artículo 14 CE); expresión esta última que incluye sin duda a las personas con discapacidad, que en ningún caso están excluidos como sujetos o destinatarios de todos los derechos que la Constitución enuncia. Pero ésta, a la vez, determina la necesidad de superar la igualdad formal ante la ley y convertirla en igualdad de hecho, y a ello atiende en general su artículo 9.3, a cuyo tenor “*corres-*

*ponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”; y su artículo 49 concreta esta norma para las personas con discapacidad afirmando que “*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 especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”, lo que incluye –aunque el precepto se ubique en el Capítulo III, sobre los principios rectores de la política social y económica– todos los del Título I de la Constitución, y por tanto todos los derechos con reconocimiento constitucional, no sólo los estrictamente fundamentales por poder dar lugar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (cfr. artículo 53.1 CE). La *discriminación positiva* a los discapacitados, esto es, los “*ajustes razonables*” de que habla la Convención, tiene pues entre nosotros pleno fundamento constitucional, lo que determina la plena constitucionalidad de las normas ya adoptadas en ese sentido, como es el caso –sin perjuicio de las dudas que plantea desde el punto de vista de las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas– de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Este planteamiento, eso sí, sigue teniendo como sustrato una afirmación normativa no incluida en la Constitución ni en la Convención, sino en el artículo 29 de nuestro Código civil, conforme al cual es el nacimiento lo que determina la personalidad; concepción ésta que ha permitido que la reciente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que invoca la indicada Convención [cfr. su artículo 23.1.b)] para facilitar el acceso de las mujeres con discapacidad al aborto, que dicha ley configura como un derecho de la embarazada a ejercitar libremente por ésta dentro de las catorce primeras semanas del embarazo (artículo 14), amplíe el mismo a las primeras veintidós semanas siempre que haya riesgo de graves anomalías en el feto o que este padezca una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico (artículo 15). Según esto, pues, aunque la Convención reafirma “*el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*” y obliga a los Estados Partes a adoptar “*todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*” (artículo 10), la falta de personalidad resulta suficiente para evitar lo que en otro caso habría que calificar como una *discriminación negativa*, por razón de discapacidad, las cuales están radicalmente prohibidas tanto por la Convención como por la propia Constitución española.

## 2.2. “Capacidad jurídica” y “ejercicio de la capacidad jurídica”

Tras el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, el artículo 12 de la Convención se ocupa de su “*capacidad jurídica*” y

del “ejercicio” de ésta, que son los conceptos y preceptos de que sustancialmente se sirve el Ministerio Fiscal en sus alegaciones en el recurso de casación resuelto por la sentencia que motiva este comentario para defender que aquélla obliga a entender modificado nuestro vigente sistema de incapacidad.

Como se ve, la Convención se sirve sólo de la expresión “*capacidad jurídica*” y no utiliza, como complemento, la de “*capacidad de obrar*”. En nuestra doctrina está consolidado el primer término para referirse a la aptitud abstracta o genérica para ser sujeto de derechos subjetivos y obligaciones o deberes jurídicos, que como tal la posee toda persona, esto es, está vinculada a tener personalidad jurídica y se traduce en la *titularidad* de los derechos o en la condición de *obligado*. La *capacidad de obrar*, en cambio, está vinculada a la *capacidad natural de entender y de querer* y significa *aptitud concreta* para realizar con eficacia actos jurídicos, como es ejercer la persona *por sí misma* y sin intervención de otros un derecho del que se es titular, o cualquiera de las facultades que forman parte de su contenido, o cumplir del mismo modo aquello a lo que se está obligado.

Pues bien, nuestro sistema jurídico vigente afirma la capacidad jurídica de todos, pero limita en ocasiones la capacidad de obrar por su vinculación con la indicada capacidad natural de entender y de querer. Dicha capacidad de obrar la tiene, plena, el mayor de edad, que “*es capaz para todos los actos de la vida civil*” (artículo 322 CC) sencillamente porque se entiende con carácter general, en aras de la seguridad jurídica, que ha alcanzado la madurez suficiente para entender, *ex lege*, que tiene la capacidad natural de conocimiento y voluntad libre que hace falta para realizar con validez y eficacia actos jurídicos. Y, a partir de ahí, cabe anticipar esa capacidad de obrar por la emancipación o habilitación de edad, posible desde los dieciséis años y que requiere para realizar válidamente unos pocos actos jurídicos patrimoniales la asistencia o intervención de los padres o un curador (cfr. artículo 323 CC); o restringir la del mayor de edad mediante el dictado de una sentencia de incapacidad (artículo 199 CC) si padece “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*” (artículo 200 CC).

Este esquema general parece perfectamente compatible con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, su artículo 12.2 empieza por obligar a los Estados partes a reconocer que las personas con discapacidad tienen *capacidad jurídica* en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Aquí lo razonable es entender que esa capacidad jurídica no es otra cosa, como ya he indicado, que la aptitud abstracta o genérica para ser sujeto de derechos subjetivos y obligaciones o deberes jurídicos; y esa aptitud la reconoce nuestro ordenamiento a todas las personas sin distinguir ni discriminación alguna, ni por razón de su minoría de edad ni porque padezcan ningún tipo de minusvalía o discapacidad.

Y, por su parte, su artículo 12.3 les compromete a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad “*al apoyo que*

*puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*". Razonablemente, esto último equivale a la capacidad de obrar, esto es, a su *aptitud concreta* para realizar con eficacia actos jurídicos. Y en este plano la propia Convención admite que puedan necesitar *apoyo*, expresión amplia y flexible que comprende desde luego el asesoramiento y ayuda a las mismas, a través de los servicios públicos de asistencia social, para que, si tienen capacidad natural de 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.

De este modo, el problema que puede plantear nuestro sistema de incapacitación, a la luz de la Convención, no es su existencia, sino el mecanismo que prevé nuestro ordenamiento para su constitución, modulación y subsistencia, y el alcance y contenido que puede llegar a tener el mismo.

### 2.3. *Constitución de las situaciones de incapacitación*

Como acabamos de ver, el artículo 12.3 de la Convención obliga a los Estados a "adoptar medidas pertinentes" para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al "apoyo" que puedan necesitar en el "ejercicio de su capacidad jurídica"; y esta disposición es desarrollada a continuación por el mismo artículo disponiendo la necesidad de en todas esas medidas "*se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos*", especificando el contenido mínimo de esas salvaguardias (apartado 4), y fijando por lo demás algunas reglas, también de contenido de tales medidas, para garantizar la titularidad y el ejercicio de determinados derechos patrimoniales por las personas con discapacidad (apartado 5).

Nada se dice en la Convención, sin embargo, de cómo constituir esas "medidas de apoyo" para el ejercicio por las personas con discapacidad de su capacidad jurídica, aspecto en el que sólo contempla, en su artículo 12.4, que aquéllas "*estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*". Pero, atendiendo a nuestro sistema constitucional, ese silencio ha de completarse con las siguientes previsiones:

a) El tenor de la Convención, no sólo permite, sino que hace incluso necesaria la existencia de unos servicios públicos de asistencia social que, aparte otras funciones de ayuda, presten a las personas con discapacidad *que lo soliciten* el asesoramiento y apoyo necesario para que puedan ejercitar por sí mismas, si no están incapacitadas, o con intervención de otro si lo están, su capacidad de obrar. Aunque, de momento, el legislador se ha mostrado poco expresivo en este aspecto, hay que entender el mismo incluido en los servicios sociales a

prestar a tales personas de que, dada la competencia exclusiva de las Comunidades en materia de asistencia social (cfr. artículo 148.1.20.<sup>a</sup> CE y preceptos concordantes de todos los Estatutos de Autonomía), se ocupa la diversa legislación autonómica y ahora, invocando el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución, también la Ley estatal 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Pero la existencia y disponibilidad de esos servicios sociales, de naturaleza administrativa, para prestar ese *apoyo* a las personas con discapacidad que ayude al ejercicio de su capacidad jurídica, obliga a la Administración de que se trate a prestar el servicio, pero en modo alguno permite atribuir o entender atribuida a ésta una *potestad administrativa* sobre los destinatarios que permita integrarlos, con el dictado de la en todo caso imprescindible resolución administrativa, en una *situación de especial sujeción* que limite su autonomía personal y su capacidad de obrar.

b) En efecto, el principio general es, desde luego, “*el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*” [artículo 3.a) de la Convención], lo que resulta también de artículo 10.1 de nuestra Constitución y motiva que, para ésta, la adopción de medidas que supongan estructuralmente pérdida de libertad y de autonomía personal requieran de una resolución judicial fundada en Derecho, no pudiendo alcanzarse dicho resultado, ni directa ni indirectamente, en virtud de una resolución administrativa (cfr. artículos 17 y 25.3 CE).

Por eso, desde su redacción por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el artículo 199 del Código civil establece de forma concluyente que “*nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”, que no pueden ser otras, como ya se ha indicado, que padecer “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*” (artículo 200 CC). Al constituir lo primero una exigencia constitucional, no se trata de una decisión libre del legislador que pueda ser derogada por otra ley, ni entenderse modificada o desplazada por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (cfr. artículo 95.1 CE). Lógico es, en consecuencia, que, con referencia expresa a la Convención, así lo haya entendido la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, a cuyo tenor –eso sí, hasta hoy incumplido– “*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*”.

c) De la Constitución resulta, pues, que sólo por sentencia judicial puede someterse a una persona de la que el ordenamiento afirma su plena capacidad

de obrar a un régimen institucional de protección que comporte limitaciones a esta última. De hecho, únicamente esto permite afirmar la constitucionalidad del sometimiento de los menores de edad, por resolución administrativa que les declara en situación de desamparo, a la *tutela* de las Administraciones públicas que –desde su introducción por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificada y aclarada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor– contempla el artículo 172.1 del Código civil. Como el menor de edad, por no tener plena madurez y, por tanto, capacidad natural de entender y de querer, tiene estructuralmente limitada su capacidad de obrar y requiere siempre de una *asistencia moral y material*, la falta de ésta –esté o no el menor sometido a la patria potestad o la tutela ordinaria– justifica la adopción por resolución administrativa, sometida a control judicial, de una medida de protección que no modifica en lo sustancial su *status* o posición jurídica. En este aspecto, la Convención viene a recordar el carácter excepcional de la medida al insistir en que, sin perjuicio del interés superior del niño, la condición de personas con discapacidad de sus padres, tutores o guardadores no justifica por sí misma la declaración de desamparo y la tutela administrativa de aquél, sino que es preferente, como en todos los demás casos, la prestación por los poderes públicos de la *“asistencia apropiada”* a estos últimos *“para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos”* (artículo 23.2), lo que remite en nuestro caso a la declaración de las *situaciones de riesgo* de que habla la citada Ley Orgánica 1/1996 y desarrolla la competente legislación autonómica.

En cambio, no puede ser interpretado del mismo modo el párrafo tercero del artículo 239 del Código civil, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, según el cual *“la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo”*, estableciendo que *“se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. Prescindiendo de sus errores gramaticales, es notorio que el precepto pretende trasvasar o acomodar la definición de desamparo contenida en el art. 172.1 del Código civil para aplicarla a los incapaces *de hecho* (los *“disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”* de que se ocupa la Ley 41/2003). Pero, fuera cual fuera la intención del legislador, esa *“tutela”* no puede tener el sentido y alcance de la *“tutela”* de los menores desamparados a que se refiere el artículo 172.1 del Código civil, porque, tratándose de personas mayores de edad, sólo cabe el sometimiento a la tutela previa sentencia de incapacitación, y *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”* (art. 199 Cc.), y no ya porque lo diga el Código, sino –como ya se ha visto– por estricta aplicación de principios constitucionales.

Por estas razones, no cabe tampoco entender que la “tutela” a que se refiere el precepto es una potestad administrativa, de Derecho público, que actúa sin perjuicio de la situación jurídico civil ordinaria de la persona, comprimiéndola. En este orden de cosas, lo único que cabe defender es que la Administración debe llevar a cabo, por mandato constitucional y ahora de la Convención, políticas públicas de protección de los incapaces naturales, lo cual es independiente del tenor del 239 del Código civil; pero las mismas han de contar siempre con el consentimiento de los afectados y no suponer una merma de su capacidad civil y de obrar, por lo que no podría la Administración asumir su representación legal y la administración de sus bienes (que es el contenido de la tutela), ni disponer su internamiento en cualquier tipo de establecimiento – salvo por enfermedad somática, no psíquica–, a falta de ese consentimiento, sin autorización judicial (art. 763 LEC).

Por todo ello resulta claro que esa “tutela” del art. 239 del Código civil ha de referirse exclusivamente a los mayores de edad ya *incapacitados* por sentencia judicial. Respecto a los “incapaces naturales” únicamente cabe entender que ratifica una *obligación* de la Entidad Pública, que ya resulta del artículo 757.3 *in fine* de la Ley de enjuiciamiento civil, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho para que éste promueva la declaración judicial de incapacidad con la consiguiente constitución de la tutela (o curatela), así como el nombramiento de tutor (o curador).

Respecto a los ya incapacitados, habrá situación de desamparo cuando el tutor incumpla, le sea imposible cumplir o ejerza sus funciones de modo inadecuado, siempre que el sujeto carezca de la necesaria asistencia moral o material (que le puede proporcionar un guardador de hecho). En tal caso, podría la Administración, a través del dictado de la oportuna resolución, declarar la situación de desamparo y asumir una peculiar “tutela” del incapacitado, que sólo le facultaría para “velar por él” y “procurarle alimentos” (cfr. art. 269 CC), y que le legitimaría para promover la remoción del tutor (art. 248 CC), instar el nombramiento de defensor judicial por concurrir la causa prevista en el artículo 299.2.º del Código civil (cfr. artículo 300 CC) y, eso sí, solicitar autorización judicial para el internamiento del incapacitado.

En cuanto a la hipótesis de que no sea nombrado tutor del incapacitado alguna de las personas a que alude el art. 234 del Código civil, hay que entender que se refiere al caso de que, habiendo sentencia de incapacidad que haya determinado la constitución de un régimen de tutela (cfr. artículo 760.1 LEC), no se hubiera solicitado en la demanda de incapacidad el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, pues entonces el nombramiento del tutor puede quedar diferido (cfr. artículo 760.2 LEC). Pues bien, mientras éste no se produzca por una nueva resolución judicial, el párrafo tercero del artículo 239 del Código civil ha de interpretarse en el sentido de que asumirá el contenido personal de la tutela la Administración competente en materia de servicios sociales, sin perjuicio de la

representación y defensa del incapacitado por el Ministerio Fiscal (cfr. artículo 299 bis CC) y, en su caso, de la existencia y subsistencia, bajo la responsabilidad de la Entidad pública, de una guarda de hecho.

d) Finalmente, la necesidad de una sentencia para que se constituya una situación de incapacitación respecto a una persona determinada requiere hacer referencia, por su vinculación a los principios y reglas de la Convención, a la legitimación para instarla. Según la redacción vigente del artículo 757 de la Ley de enjuiciamiento civil, *“la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz”*; debiendo promoverla el Ministerio Fiscal si estas personas *“no existieran o no la hubieran solicitado”* y estando por lo demás facultada cualquier persona *“para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”* y obligados a hacerlo *“las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona”*. Entre estos últimos están, desde luego y sobre todo, las Entidades públicas competentes en materia de asistencia de las personas con discapacidad que presten a éstas los servicios públicos que contempla la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Desde luego, parece razonable la existencia de un *numerus clausus* de personas legitimadas y su limitación a determinados familiares o personas próximas en afecto al sujeto susceptible de ser incapacitado y al Ministerio Fiscal, dada la función que compete a éste en relación con la defensa de los derechos fundamentales (artículo 3.3 de su Estatuto Orgánico), las acciones de estado (artículo 3.6) y lo que afecta a *“las personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”* (artículo 3.7). Sin embargo, el caso sobre el que se pronuncia la sentencia objeto de este comentario pone de manifiesto que, con no poca frecuencia, existe un conflicto de intereses –normalmente de sustrato patrimonial– entre los familiares legitimados para promover la incapacitación, el cual se manifiesta en sus posiciones diversas en el proceso; pero ello debe entenderse razonablemente resuelto con lo que dispone el artículo 749.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, a cuyo tenor en los procesos sobre incapacitación *“será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes”*, dado que la función de éste no puede ser otra que la de poner de manifiesto y trasladar con eficacia al juez la conveniencia o no de la adopción de la medida y su contenido razonable. En este sentido, corresponde al Ministerio Fiscal procurar con eficacia que la resolución judicial cumpla con las exigencias del artículo 12.4 de la Convención, sin perjuicio de que para ello –lo mismo que el órgano judicial (cfr. artículo 759.1 LEC)– pueda y deba contar con el asesoramiento y apoyo de las Entidades públicas competentes en materia de asistencia de las personas con discapacidad, que sería bueno prevea como obliga-

do el *procedimiento de modificación de la capacidad de obrar* al que se refiere la disposición final primera de la Ley 1/2009.

#### 2.4. *Modulación y subsistencia de las situaciones de incapacidad*

El artículo 12.4 de la Convención obliga a los Estados partes a asegurar “*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*”.

Y, por su parte, su artículo 12.5 establece que, “*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*”.

Como se ve, en estas disposiciones la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se ocupa del *contenido* de las *medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica*, esto es, del que pueda comportar el *apoyo* que aquellas puedan necesitar en relación con su capacidad de obrar (cfr. artículo 12.3); y lo hace contemplando, entre otras cuestiones, su modulación y subsistencia.

Pues bien, si –como ya se ha explicado– la prestación de servicios y asistencia a las personas con discapacidad por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales no incide ni puede incidir en ningún caso en su capacidad de obrar, es decir, en el “*ejercicio de su capacidad jurídica*”, la cuestión se reduce a analizar la conformidad con la Convención de los mecanismos de guarda –tutela y curatela– que pueden resultar, en nuestro ordenamiento, de las sentencias de incapacidad, que sí que afectan a la capacidad de obrar. Si, como se ha dicho, la falta permanente o por tiempo indefinido de capacidad de entender y de querer hace posibles, razonables y acordes con la Convención las situaciones de incapacidad y, por tanto, el *apoyo* o la concurrencia de un tercero para el ejercicio de la capacidad de obrar, lo que falta por determinar es el posible alcance, a la vista del tratado, de las funciones de este último.

Se abordará el problema con detalle en el siguiente apartado de este comentario. Aquí lo que interesa poner de manifiesto, por lo pronto, es que del artículo 12.4 de la Convención 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 las personas*”. Esto quiere decir que las situaciones de incapacitación han de tener un contenido 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 de querer, a lo cual atiende en la actualidad nuestro ordenamiento en el artículo 760.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, a cuyo tenor “*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*”; así como el artículo 215 del Código civil, del que resulta que “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes*” de los incapacitados se realizará, aparte la posibilidad de nombramiento puntual de un defensor judicial, mediante la *tutela* o la *curatela*.

Con estas prescripciones se cumple, desde luego –dejando de momento al margen su posible contenido–, con la indicada necesidad de *modulación* de las situaciones de incapacitación atendiendo a la situación y condiciones de la persona, aunque deba reconocerse que, en la práctica, las resoluciones judiciales –y la recurrida en casación en el caso que nos ocupa no es una excepción– se limiten con frecuencia a determinar si procede constituir la tutela o la curatela, sin fijar la extensión y límites de la incapacitación y, por tanto, los actos concretos o categorías de actos que exigen la intervención del tutor o del curador. Esta circunstancia es disconforme, además de con la Convención, con la ley vigente: así, el artículo 267 del Código civil señala que “*el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”; y el 289 indica que “*la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*”, aunque –en norma que parece justificar la anómala práctica que se comenta– dispone el artículo 290 que, “*si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial*”, que son los enunciados en su artículo 271. En todo caso, parece clara la necesidad de que la ley que se dicte para regular el *procedimiento de modificación de la capacidad de obrar* al que se refiere la disposición final primera de la Ley 1/2009 insista y establezca nuevas *salvaguardias* –utilizando la terminología de la Convención– para asegurar que en todo caso se produzca la modulación o adecuación a la capacidad natural de la persona del régimen de la tutela o curatela que establezca la sentencia de incapacitación, cosa que ya debería promover ahora la imprescindible intervención en el proceso del Ministerio Fiscal, con el asesoramiento, en su caso, de los Servicios sociales.

Por lo demás, el artículo 12.4 de la Convención requiere que la situación de incapacitación, incluido el régimen de tutela o curatela que resulte de la

sentencia, “estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. Esta exigencia la cubre, para la tutela, el artículo 269.4.º del Código civil, según el cual el tutor está obligado “a informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”; y la completa el apartado 1 de la disposición adicional única de la Ley 1/2009, a cuyo tenor “el Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales..., así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela”. Ello ha de ponerse en relación con la posibilidad de modificación o supresión de la incapacidad de que se ocupa el artículo 761 de la Ley de enjuiciamiento civil, a cuyo tenor “la sentencia de incapacidad no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida” (apartado 1); “corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado”, si bien éste deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo si se le hubiera privado de la capacidad para comparecer en juicio (apartado 2); y “en los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda”, y “la sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacidad, o sobre si deben o no mortificarse la extensión y los límites de ésta” (apartado 3).

Como se ve, la cuestión esencial de extinción o modificación de las situaciones de incapacidad está prevista y contemplada en nuestro Derecho vigente con un sistema que además debe entenderse completado con la existencia de un servicio de *atención y cuidado*, en principio permanente, de las personas en situación de dependencia a cargo de los servicios sociales y de salud pública (cfr. artículo 21 de la Ley 39/2006), lo que debe permitir a éstos poner en conocimiento del Ministerio Fiscal que han sobrevenido *nuevas circunstancias* en la capacidad natural del incapacitado u otros factores que aconsejen que solicite que la sentencia se deje sin efecto o que se modifique judicialmente el alcance de la incapacidad. En este sentido, la mayor conformidad con la Convención acaso exija tan sólo que la futura ley a que se refiere la disposición final primera de la Ley 1/2009, más allá de la obligación del tutor de informar al Juez, incluya en el contenido de la sentencia de incapacidad el régimen de exámenes periódicos a que se refiere aquélla, a realizar por la Entidad pública competente para el Ministerio Fiscal y para el órgano judicial, al que acaso en este supuesto habría que reconocerle la posibilidad de actuar incluso de oficio.

### 3. La tutela y la curatela: su conformidad con la Convención

En nuestro sistema jurídico vigente, la situación de incapacitación puede dar lugar al sometimiento de la persona afectada a la tutela o a la curatela, que no son, como resulta del artículo 215 del Código civil, sino mecanismos o instituciones para “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados*”. De ello podría deducirse que el objetivo de uno y otro instituto es proporcionar “guarda y protección” en los aspectos personal y/o patrimonial; pero, en realidad, lo realmente relevante es que ambos afectan, aunque sea en distinta medida, al ejercicio de la capacidad de obrar. Este es un principio que ya resulta hoy de nuestro ordenamiento, por lo que pasar a denominar al actual *procedimiento de incapacitación*, como prevé la disposición final primera de la Ley 1/2009, *procedimiento de modificación de la capacidad de obrar*, constituye tan sólo un acertado y expresivo cambio terminológico.

Aunque el artículo 200 del Código civil se refiere a las *enfermedades físicas* que impidan a la persona *governarse por sí misma* como causa posible de la incapacitación, la doctrina y la jurisprudencia (véase, por todas, STS 31 octubre 1994 [RJ 1994\8004]) restringen el supuesto a la real existencia de un resultado psíquico, que excluya o limite la capacidad natural de entender y querer del sujeto. En verdad, esto último es lo único que hace realmente necesario el *apoyo* para el ejercicio de su capacidad de obrar a que se refiere el artículo 12.3 de la Convención, concretado entre nosotros en la tutela o la curatela; pero aquella referencia a las *enfermedades físicas* se explica por la inclusión de la imposibilidad de comunicarse (el artículo 200.2.º del Código civil, en la redacción de 1889, sometía a la tutela a “*los sordomudos que no sepan leer y escribir*”), esto es, de expresar o transmitir la propia decisión o voluntad, lo que sigue remitiendo a la necesidad de actuar por medio de un representante, o sea, a la tutela. Otra cosa es que los avances técnicos, de formación y auxilio hacen más que improbable que sea permanente esa imposibilidad de comunicarse de algún modo, debiendo garantizarse el recurso de todo discapacitado a formas de comunicación – aunque éste sea un extremo del que no se ocupa propiamente la Convención, ni tampoco la Ley 39/2006– a través de la adecuada prestación de los servicios públicos de salud y atención a las personas en situación de dependencia; lo que debe excluir en esta hipótesis el sometimiento del discapacitado a una situación de incapacitación.

#### 3.1. Discapacidad y guarda de hecho

Por consiguiente, ya en nuestro ordenamiento vigente, el hecho de que el discapacitado no pueda cuidarse y mantener su integridad física él solo no permite la constitución, por sentencia, de una situación de incapacitación si no es posible incidir de ningún modo en su capacidad de obrar por tener suficiente conciencia y voluntad.

Si se diera este caso, del cuidado de la persona con discapacidad puede estar haciéndose cargo un guardador de hecho. El Código civil sólo trata de esta figura en la medida en que se trate del cuidado, si no es de un menor, de un “*presunto incapaz*”, esto es, de alguien en quien concurra alguna causa que no obliga, de momento, a dictar una sentencia de incapacidad, pero cuyo agravamiento y persistencia podría obligar a hacerlo en un futuro suficientemente próximo.

Por eso dice su artículo 303 que, “*cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes... del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*”. Como el propio precepto aclara, ello es sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 757 de la Ley de enjuiciamiento civil y 228 del Código, esto es, de la necesidad del dictado de la sentencia de incapacidad, si procede, y sobre todo de la obligación de dictarla con constitución de la tutela, incluso de oficio, que la segunda de las normas citadas impone al Juez. El artículo 303 es, pues, una norma de *prevención de situaciones de riesgo de eventual incapacidad*, para facilitar en su caso la constitución de ésta y proteger al sujeto afectado, por lo que ese es el único contenido posible de las “*medidas de control y vigilancia*” que permite adoptar al Juez, las cuales en ningún caso pueden afectar a la capacidad de obrar de la persona sobre la que recaiga la guarda.

Sin embargo, la circunstancia de que la guarda de hecho la contemple el Código tan sólo cuando recaiga sobre alguien que razonablemente puede llegar a ser incapacitado determina la regla de su artículo 304, según el cual “*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del... presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*”. El precepto no afecta a la capacidad de obrar del “*presunto incapaz*”, que no habiendo sentencia de incapacidad se mantiene íntegra; pero avala la validez y eficacia de los actos a que se refiere, que sólo él podría impugnar.

### 3.2. *El contenido de la tutela y la curatela*

En el sistema del Código civil, la sentencia de incapacidad, teniendo en cuenta el grado en que esté afectada o menoscabada la capacidad natural de entender y de querer del sujeto, que es el que justifica la adopción de una medida de *apoyo* para el ejercicio de su capacidad de obrar (cfr. artículo 12.3 de la Convención), debe someter a éste a un régimen de tutela o de curatela.

a) La *atención* o cuidado *de la persona* está contemplada únicamente como contenido de la tutela. En este sentido, el artículo 269 del Código civil señala que “*el tutor está obligado a velar por el tutelado*” y, en particular, “*a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad*” e incluso, si fuera necesario, “*a procurarle alimentos*”; y, de acuerdo con el artículo

lo 268, “los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica”, y “cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad”. Esto último ha de ponerse en relación con ese contenido personal de la tutela y supone, sustancialmente, la prestación de apoyo y asesoramiento al tutor, en beneficio del tutelado, por el servicio público que supone el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que contempla la Ley 39/2006, de 14 diciembre.

Sólo a ese contenido personal resulta referible la *situación de desamparo* de que se ocupa el párrafo tercero del artículo 239 del Código civil, introducido por la Ley 41/2003, que es la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de su obligación de “velar por el tutelado” que concretan los artículos 268 y 269 del Código, cuando el mismo quede privado de “la necesaria asistencia moral o material”, esto es, de la que requiera en concreto y razonablemente la atención de su persona preservando su dignidad e integridad física y moral.

Por lo demás, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, suprimió la regla del artículo 268 del Código civil según la cual los sujetos a tutela debían “respeto y obediencia” al tutor, insistiendo en su contenido personal como instrumento de *protección* de la persona del tutelado, a ejercer de acuerdo con su personalidad y “respetando su integridad física y psicológica”, antes que en su tradicional concepción como potestad de Derecho privado, semejante a la patria potestad; enfoque éste que, sin duda, hace conforme nuestro Derecho positivo con las prescripciones de la Convención y, en particular, de su principio general de “respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” con discapacidad [artículo 3.a)].

Así, el contenido personal de la tutela –a diferencia de lo que ocurre con la patria potestad: cfr. artículo 154.1.º CC– no incluye la obligación de convivencia del tutor con su pupilo, por lo que la regla general sigue siendo la libertad de éste para, como dice el artículo 19.a) de la Convención, “elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás”, y que no se vea obligado “a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”; lo que ha de verse facilitado, tal como señala el artículo 19.b), por su acceso “a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad”, entre los que está “incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”. Estas últimas afirmaciones remiten, en primer lugar, a los servicios públicos que integran el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de la Ley 39/2006, de 14 diciembre, a prestar por la que el párrafo tercero del artículo 239 del Código civil denomina “entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces”, esto es, aquella a la que el competente Derecho autonómico atribuya, no su *tutela* en sentido técnico, sino su *asistencia*

*social*. Pero también remiten, en último término, a la *asistencia personal* que comporta ya entre nosotros el contenido personal de la tutela, que obliga al tutor “a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad” (artículo 269.3.ª CC).

Por consiguiente, la regla general es que corresponde al tutelado decidir dónde y con quién vivir, decisión que debe respetar el tutor sin perjuicio de su obligación de velar por él. Tal regla general sólo puede ser desplazada, si hubiera razones concluyentes para ello, por la sentencia constitutiva de la situación de incapacidad. Esta puede incluso decidir que el incapacitado conviva o mantenga la convivencia con un guardador de hecho, que puede ser un familiar u otra persona distinta del tutor. Sin embargo, si en ejercicio de su obligación general de velar por él y de proporcionarle la necesaria *asistencia personal*, el tutor considera que perjudica gravemente al incapacitado la propia decisión adoptada por éste o la indicada guarda de hecho, puede y debe hacer uso de su legitimación para instar una modificación, en este aspecto, de la situación de incapacidad. Y, desde luego, aquella obligación comprende la toma prudente de decisiones si no las adopta el incapacitado ni las limita la sentencia, lo que exige la no oposición del primero: si la hay, el nuevo contexto interpretativo que supone la Convención obliga, a mi juicio, a entender necesaria la autorización judicial que ahora requiere el artículo 271.1.º del Código civil sólo “para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial”.

b) La perspectiva patrimonial la aborda la Convención en su artículo 12.5, según el cual, “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”.

En esta disposición, como fácilmente se observa, prevalece la perspectiva de la capacidad jurídica sobre la de la capacidad de obrar. Incluso el afirmado acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, a los “préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero”, no hace referencia a la aptitud para pedirlos en nombre propio, sino a la exigencia de un trato igual, como eventuales destinatarios de tales prestaciones, por parte de los Bancos y Entidades financieras.

La limitación de la capacidad de obrar sólo parece afectada en lo que se refiere al derecho de las personas con discapacidad de “controlar sus propios asuntos económicos”.

La curatela resulta, desde luego, compatible con esta disposición, ya que la “de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido” (artículo 289 CC); y, si

ésta no lo hubiera hecho, “*se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial*” (artículo 290 CC). En efecto, cuando la persona está sometida a curatela le corresponde a ella la administración y disposición de sus bienes, sin perjuicio del complemento a su capacidad de obrar que supone la *asistencia* o necesaria conformidad del curador para realizar con eficacia determinados actos.

En cambio, no parece ocurrir lo mismo en el régimen de la tutela por la regla del artículo 270 del Código civil de que “*el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia*”. Sin embargo, si la tutela se constituye justamente, tal y como exige nuestro ordenamiento, cuando el incapacitado carece gravemente y de modo permanente de capacidad natural de entender y de querer, esta disposición parece razonable; además, debe tenerse en cuenta que la generalidad de la misma puede y debe resultar desplazada por la aplicación, en todo caso preferente, del artículo 267 del Código, conforme al cual “*el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”; y, asimismo, la relación de actos patrimoniales para cuya realización en nombre de su pupilo el tutor requiere necesariamente de autorización judicial, enunciados en el artículo 271, que incluye actos de disposición pero también no pocos de mera administración.

De hecho, este sistema que 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, resulta por completo compatible con la exigencia, contenida en el artículo 12.4 de la Convención, de que se asegure “*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 esta última previsión responden, sin duda –sumadas al defensor judicial que debe actuar cuando hay conflicto de intereses–, la tutela y la curatela, que inevitablemente presionan, cada una en diferentes aspectos, en lo demás: así, la curatela respeta la voluntad y preferencias del incapacitado, pero, dado que éste –por hipótesis– tiene en cierto grado limitada su capacidad natural de entender y de querer, da menos garantías de que el curador no ejerza sobre él una “*influencia indebida*” para que realice actos que, si estuviera sometido a tutela, sólo podrían realizarse eficazmente con autorización judicial; y con la tutela, por su parte, pueden de hecho sufrir esa voluntad y preferencias del incapacitado, pero ello debe venir exigido por el sustancial menoscabo en éste de su aptitud natural de entender y de querer que, concurriendo realmente, provocaría la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos que realizara por sí mismo.

Nuestro vigente sistema no vulnera en sí, pues, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: lo que puede vulnerar ésta es, en cambio, su incorrecto entendimiento y aplicación en la práctica.

c) A este último y sustancial problema contribuyen, con más frecuencia de la deseable, las propias leyes, en particular cuando se ocupan, no de la titularidad, sino del ejercicio de los derechos constitucionales y las incumbencias estrictamente personales. De acuerdo con la Convención, y aun con la propia Constitución española, los actos voluntarios correspondientes los debe realizar por sí mismo, como regla o principio general, la persona con discapacidad. Incluso si existiera una sentencia de incapacidad, el ejercicio de tales derechos o incumbencias personales no debe poder ser realizado, no ya por el tutor como representante legal, sino ni siquiera con la intervención o asistencia del curador para la eficacia del acto.

En realidad, si bien se observa, el Código civil mantiene este criterio para los que desde siempre se han considerado actos de ejercicio de derechos estrictamente personales. Aunque la doctrina incluye otros como el reconocimiento de la filiación, la reconciliación conyugal (artículo 84 CC) o la remisión de las causas de indignidad para suceder (artículo 757 CC), el caso más notorio es el de contraer matrimonio, cosa que puede hacer perfectamente un incapacitado (así, expresamente, artículo 171.4.º CC): aunque la capacidad de entender y de querer la unión sea requisito para prestar con eficacia el consentimiento matrimonial (cfr. artículo 45 CC), ello no puede valorarlo ni incluirlo en su contenido la sentencia de incapacidad, sino que es específico objeto de examen, con dictamen médico, en el expediente matrimonial previo (cfr. artículo 56 CC). Este sistema es el único coherente con la exigencia del artículo 23.1.a) de la Convención de que *“se reconozca el derecho de las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”*, que no puede ser suplido ni completado por nadie; y que, a mi juicio, y salvo la hipótesis bien distinta de la nulidad, comprende el carácter personal de la decisión de mantener la unión (divorcio) e incluso la convivencia (separación). En este sentido, lo más que cabe asumir es, con la STC. 18 diciembre 2000 (RTC 2000\311), que deba aceptarse la legitimación del tutor para ejercitar las correspondientes acciones –en el caso era la de separación– porque el cierre de la posibilidad del ejercicio de la acción determinaría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE.) desembocando, además, en una situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales (arts. 14 y 32 CE.); pero la resolución definitiva debería contar en todo caso con la voluntad del incapacitado casado, si está en acto en condiciones de prestarla, y dictarse siempre en su interés y para su objetiva protección.

Sin embargo, el indicado criterio original del Código no ha sido seguido por leyes específicas posteriores.

Algunas de ellas vienen a contemplar expresamente, entre las determinaciones de la sentencia de incapacidad –y, por tanto, con carácter permanente mientras esta no sea modificada–, la prohibición de realizar algunos actos voluntarios de índole necesariamente personal, para los que en todo caso no cabe

la actuación del tutor como representante ni la asistencia del curador. Entre ellas, las hay de reforma del propio Código, como es el caso de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que admite expresamente que la sentencia de incapacitación pueda negar al sujeto su capacidad para testar, lo que, con restricción del régimen anterior, le impide hacer testamento en intervalo lúcido, ni siquiera con los oportunos dictámenes médicos sobre su capacidad (cfr. artículo 665 CC); lo que incluye la imposibilidad de revocar un testamento anterior o determinar que la sucesión del incapacitado no pueda ser otra que la legal o intestada, todo lo cual puede de hecho contribuir a que la incapacitación se solicite por algún legitimado por motivos distintos a la guarda y protección del incapacitado. Y, en el ámbito de los derechos fundamentales, hace lo mismo el art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, que priva del derecho de sufragio a *“los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio”* de aquél, lo que en los casos de constitución de la tutela –el que nos ocupa constituye un buen ejemplo– se ha convertido ya casi en una cláusula de estilo.

Para otros actos que lo son también de ejercicio de un derecho fundamental hay leyes que, en cambio, parecen restringirlo inadecuadamente para los incapacitados. Es el caso de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 marzo, reguladora del derecho de asociación, cuyo artículo 3.a) afirma que, para constituir asociaciones y formar parte de las mismas, *“las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho”*; regla de la que solo excepciona el artículo 3.b) a *“los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*. Parece que la primera de estas normas respeta la regla de que es la persona, y sólo ella, la que puede ejercer su derecho fundamental de asociación; pero parece evidente la necesidad de arbitrar un sistema que les permita ejercer realmente el derecho, aunque estén incapacitados, si tienen suficiente aptitud para tomar la decisión, y extender a las personas con discapacidad una solución semejante a la prevista en la Ley de protección jurídica del menor de que puedan asociarse en todo caso, aunque la personalidad jurídica de la asociación dependa del nombramiento de un representante con plena capacidad. Por lo demás, la ley debiera salvar –como afortunadamente sucede en la práctica– la posible incorporación de los incapacitados, por sí mismos o por medio de su tutor o incluso guardador de hecho, a asociaciones deportivas, lúdicas, recreativas o culturales, que tienen naturaleza civil y en las que propiamente no está implicado el derecho fundamental de asociación.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, determina que *“el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*

(artículo 3.1); y añade que, “en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez” (artículo 3.2). Aunque la norma es anterior a la reforma del sistema de incapacidad en 1983, la misma adopta el enfoque correcto tratándose del ejercicio de derechos fundamentales: actuación por sí misma de la persona con discapacidad siempre que tenga un grado suficiente de capacidad natural de entender y querer y no estuviere incapacitada; y, si lo está, obligación del tutor o curador de informar al Ministerio Fiscal y legitimación de éste para oponerse, en cuyo caso decidirá la oportuna resolución judicial, a dictar en todo caso con audiencia del incapacitado y que puede incluso decidir que sea éste quien preste por sí mismo el consentimiento.

En cuanto a los supuestos relacionados con el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE), interesa sobre todo considerar, por su aplicación generalizada, el *consentimiento informado* para toda clase de intervenciones médicas que ahora regula la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Conforme a su artículo 8.1, “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información... , haya valorado las opciones propias del caso*”; y, según su artículo 9.3, se otorgará el consentimiento por representación “*cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación*” [apartado a)], pero también “*cuando el paciente esté incapacitado legalmente*” [apartado b)]. En el primer caso, “*si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*”; y hay que entender que en el segundo habrá de prestarlo el tutor o el propio paciente con asistencia del curador. Pues bien, de nuevo en esta ocasión el legislador muestra desconocimiento de nuestro sistema de incapacidad y su relación con el ejercicio de los derechos fundamentales o de los actos voluntarios relacionados, como es, en este caso, el de la integridad física. En efecto, como recuerda el artículo 25.d) de la Convención, a las personas con discapacidad se les debe prestar una atención sanitaria “*de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado*”. Ese consentimiento ha de ser prestado por ellas mismas, sin intervención de nadie, siempre que el paciente sea, como dice el artículo 9.3.a), “*capaz de tomar decisiones*”, lo que no resulta negado necesariamente por el hecho de que esté incapacitado, por lo que la ley debiera prever expresamente su prestación sustitutiva por el tutor, como representante legal, sólo en el caso de que el médico aprecie, de hecho y en acto, esa falta de capacidad. De hecho, cuando el paciente es menor de edad, es él quien debe prestar el consentimiento informado y sólo debe hacerlo su representante legal, después de oírle si tiene doce años cumplidos, cuando “*no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*”; regla ésta que, sin duda, debe extenderse a los incapacitados sometidos a tutela.

#### 4. Conclusión

En conclusión, pues, nuestro vigente sistema de incapacitación, interpretado de conformidad con la Constitución y la Declaración universal de derechos humanos, es completamente conforme con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Como hace en su fundamento jurídico séptimo la sentencia objeto de este comentario, eso obliga a recordar, con la STC 174/2002, de 9 octubre, que “el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (artículos 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”.

Y esta interpretación –concluye el Tribunal Supremo– “hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente”, debiendo –eso sí– tenerse “siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección” que no puede ni debe considerarse como “una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias”.

A partir de ahí, al resolver los motivos de casación, el Tribunal Supremo pone de manifiesto el alcance que debe tener esta doctrina general, aspecto en el que debe destacarse especialmente su respuesta a la denunciada infracción del artículo 236 del Código civil por el nombramiento judicial de dos personas –doña Flor y doña Ariadna, hijas de la tutelada doña Victoria– como *tutoras de la persona*, concurrente con el *tutor de los bienes* don Gabino. Frente a una restrictiva interpretación literal de las excepciones que enuncia el artículo 236 a la regla de que “*la tutela se ejercerá por un solo tutor*”, dice el Tribunal Supremo que “el Juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta el beneficio

del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el Juez teniendo a la vista las circunstancias del caso”, que en el enjuiciado –con un conflicto subyacente entre dos grupos de hermanos– permiten y hacen conveniente, no sólo separar la tutela de la persona y la de los bienes (lo que viene permitido expresamente por el artículo 236.1.º CC), sino incluso nombrar a dos hermanos tutores de la persona, obligados conjuntamente a velar por ella.

Sin embargo, esa *flexibilidad* de la incapacidad, que se tiene en cuenta en orden al nombramiento de los tutores, no se aplica al contenido de la tutela al no argumentarse nada de esto en los motivos de casación. Pero de la doctrina general en defensa de la compatibilidad de nuestro sistema vigente con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ya se infiere su carácter sustancial, que el Ministerio Fiscal, en su necesaria intervención en los procesos de incapacidad, debe procurar que se extienda en la práctica.

Y, por lo demás, corresponde al legislador extender y aclarar sectorialmente las reglas generales conformes con la Convención y con nuestra norma constitucional, que sustancialmente obligan a que, tratándose de actos en ejercicio de derechos fundamentales, los mismos deben ser personales siempre que lo haga posible la aptitud natural de entender y querer del sujeto. En este sentido, no parece razonable la exclusión permanente de su ejercicio en la sentencia de incapacidad que contemplan algunas leyes, ni la actuación a través de la representación legal del tutor que contemplan otras, debiendo hacer factible el ejercicio de tales derechos por el propio incapacitado siempre que sea posible, acaso mediante el dictado de una resolución judicial rápida y efectiva, con audiencia al tutor o curador, intervención del Ministerio Fiscal e informe técnico de los Servicios de asistencia social a las personas con discapacidad u otros que resulten procedentes.

## 5. Bibliografía

- CAMPOY CERVERA, I., y Palacios, A. (edits.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Madrid, Dykinson, 2007.
- CAMPOY CERVERA, I. (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.
- DÍAZ PALAREA, M., y SANTANA VEGA, D. (coord.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid, Reus, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.A., “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, en De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 3.ª ed., Madrid, Colex, 2008, páginas 433 y siguientes.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, 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*, 23 (enero-diciembre 2009), páginas 335 y siguientes.