

**La aplicación práctica de los postulados de a  
Convención de las Naciones Unidas sobre los  
derechos de la personas con discapacidad.**

**INSTITUCIONES TUTELARES Y LA CONVECIÓN**

**Jaén, 12 de noviembre de 2010**

**FUNDACIÓN ÆQUITAS  
FUNDACION JIENNENSE DE TUTELA**

## **I. INTRODUCCION**

En el análisis de la materia objeto de estas reflexiones, creo que es elemental partir del estudio del reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar que con carácter universal reconoce la Convención, analizando, en primer lugar, aquellas instituciones que tienen por finalidad precisamente proveer a las limitaciones que en orden a su libre ejercicio se establecen en nuestros cuerpos legales. Estas instituciones no quedan limitadas al ámbito estrictamente patrimonial, sino que también pueden desplegar sus efectos o tener su reflejo en ámbitos de carácter personal, en la toma de decisiones no estrictamente patrimoniales y siempre que no afecten a aspectos personalísimos o derechos de la personalidad que, por definición, quedan al margen de las mismas.

## **II. LINEAS FUNDAMENTALES DE LA CONVENCION Y EXIGENCIAS DERIVADAS**

El **13 de diciembre de 2006** se ha aprobado la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Supone la primera Convención sobre derechos humanos aprobada en este siglo y ha resultado de la interacción de los diferentes grupos e instancias interesadas en este tema: No sólo Estados miembros de la ONU, sino también Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

En una primera aproximación, la Convención viene a suponer la culminación de una evolución clara en la consideración social y jurídica de la discapacidad. Asume principios básicos y novedosos, al menos en su tratamiento y reconocimiento legislativo, que venían siendo demandados hace tiempo por amplios sectores sociales, médicos, educativos o jurídicos.

Sus principios fundamentales vienen a ser proclamados por el artículo 3 de la Convención:

**“a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual,**

**incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;**

**b) La no discriminación;**

**c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;**

**d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;**

**e) La igualdad de oportunidades;**

**f) La accesibilidad;**

**g) La igualdad entre el hombre y la mujer;**

**h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”**

Queda proscrita la **“discriminación por motivos de discapacidad”** entendiéndose por tal 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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. (Art. 2)

Los ajustes razonables son, según la Convención, 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. (Art. 2).

Deja claro que **la discapacidad es una cuestión de derechos humanos**. Que las personas con discapacidad **no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derecho**. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Como desarrollo y concreción del principio sentado por el artículo 3, el artículo 12 dispone:

**“1. Los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.**

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

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

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

**5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los 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 la personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”**

La convención ha supuesto, por tanto, un avance importante, en cuanto supera definitivamente las concepciones de la discapacidad como motivo de exclusión social y la visión

“rehabilitadora” o de mera beneficencia. Asume un modelo social que supone considerar que la inadaptación o limitaciones que pueden sufrir las personas con discapacidad no derivan de ésta, sino de la inadaptación de la sociedad. Consagra definitivamente el principio de igualdad que ha de inspirar nuestro ordenamiento, y, lo que puede considerarse aun más importante: con el rango que ostenta un Convenio de aplicabilidad internacional, consagra el principio fundamental de **superior protección de las personas con discapacidad**, imponiendo no sólo la adecuación del derecho positivo preexistente, sino una interpretación y aplicación conforme a dicho principio.

La principal consecuencia de todo lo dicho y atendiendo al régimen patrimonial de las personas con discapacidad, el principal reto que se nos plantea es **solventar de manera adecuada la necesaria tensión que se produce entre dos de los principios consagrados por la Convención: por un lado, la autonomía en el ejercicio de los derechos que corresponden a estas personas y, por otro, el de su protección, la seguridad jurídica que en el ejercicio de sus derechos les es debida.**

Ello se trata de salvar por la convención haciendo reiterada referencia, como venía siendo ampliamente demandado, tanto desde ámbitos jurídicos como sociales, a instituciones “de asistencia o apoyo” como alternativa a las reconocidas tradicionalmente como “de sustitución”. En las primeras la decisión parte de la persona afectada. Por el contrario, en las segundas, la decisión parte de una persona que la sustituye tanto en la formación como en la emisión de de su declaración de voluntad.

Sin ánimo de ser exhaustivo, sucede así en el **artículo 12 cuando establece en su número 3: “Los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”;** el artículo 16 en su número 3, que para impedir cualquier forma de explotación, violencia o abuso impone adoptar a los estados formas adecuadas de “asistencia y apoyo”; el artículo 19 apartado b, referido al derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, habla de “servicios de asistencia domiciliaria y otros servicios de apoyo” y, por ejemplo, el artículo 23 en su número 2 cuando establece “los estados partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en

**la crianza de los hijos” o en el 3 “los estados partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y sus familias.”**

A mi entender, junto al principio de superior protección de las personas con discapacidad, se formula claramente el de que dicha protección se vertebre a través del mencionado apoyo y asistencia y no, por el mero hecho de que concurra la discapacidad, mediante la sustitución o anulación de la persona afectada. Así deriva, además, de dos de los principios consagrados por la Convención, el de mínima intervención y el de favorecer el autogobierno de las personas con discapacidad.

En cuanto a las modalidades de ese apoyo, en una primera aproximación y atendiendo a su origen, cabría distinguir dentro de esas medidas de apoyo aquellas que derivan de la voluntad del sujeto, **apoyos voluntarios**, o los que, por el contrario, resultan impuestos en virtud de resolución judicial, los **apoyos forzosos**. Sólo estos últimos podrían tener la consideración de restricciones, limitaciones o condicionantes al ejercicio de su capacidad de obrar. Atendiendo a su contenido y alcance también podríamos hablar de **apoyos materiales**, aquellos que suponen una asistencia en la emisión de la declaración de voluntad, por ejemplo, en el caso de discapacidad auditiva, el necesario recurso a la lengua de señas, y de los **apoyos sustantivos**, los impuestos como asistencia a la formación de dicha voluntad, por ejemplo, el necesario asentimiento de un tercero al acto jurídico realizado por la persona con discapacidad.

### **III. CONCEPTO DE CAPACIDAD, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD**

Para la **Organización Mundial de la Salud**, la **discapacidad** es “**toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano**”.

De esta primera aproximación resulta claro que como punto de partida hay que deslindar claramente varios conceptos:

En primer lugar, el concepto de **capacidad**, del que caben dos acepciones desde el punto de vista jurídico.

(1) La **capacidad jurídica**, o la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. En los ordenamientos actuales se vincula de manera universal, incondicional e inmutable de todo ser humano. Todo ser humano, por el hecho de serlo, de ostentar personalidad jurídica, es titular de derechos y obligaciones, y en ningún caso, puede ser privado de ella. A priori, así entendida, la capacidad jurídica se predica en los mismos términos de cualquier persona, adolezca o no de discapacidad física, sensorial o psíquica.

(2) La **capacidad de obrar**, definida como la posibilidad de realizar actos a los que la ley atribuye eficacia y trascendencia jurídica. Aquí si encontramos matices en cuanto que, con una finalidad tuitiva, y atendiendo a las circunstancias singulares de cada persona, siempre y cuando medie una resolución judicial que así lo disponga, puede ser objeto de restricción. Ya hemos abordado el estudio de la incapacitación, sus presupuestos, procedimiento judicial que la declara y efectos. Sólo queda dejar claro que la discapacidad y la incapacitación no son instituciones necesariamente vinculadas. Lo más frecuente es que las personas incapacitadas en virtud de la correspondiente declaración judicial estén afectadas por una discapacidad, causa y motivo de aquella, pero no puede afirmarse lo contrario. Una persona que adolezca de algún tipo de discapacidad no necesariamente ha de verse privada de su capacidad de obrar. Es más, con arreglo a los principios de nuestro ordenamiento, el criterio debe ser el contrario, la plena capacidad ha de predicarse con igualdad y siempre que no recaiga la resolución judicial pertinente, de las personas con discapacidad.

#### **IV. INSTITUCIONES TUITIVAS, SU SITUACIÓN ACTUAL Y REVISIÓN CRÍTICA**

En cuanto al **derecho español**, para estudiar la adecuación o las fricciones que puedan surgir de la aplicación de tales principios, hemos de partir de una serie de ideas previas y fundamentales:

1. La capacidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones se reconoce con carácter universal y con un criterio único de plenitud para todas las personas, adolezcan o no de alguna discapacidad. Así resulta del artículo 29 del Código Civil cuando establece que el nacimiento determina la personalidad, referencia no expresa pero indubitada a la capacidad jurídica.

2. En cuanto a la capacidad de obrar, la aptitud para ejercer esos derechos y para contraer obligaciones, que en la terminología del artículo 12 de la convención viene a denominarse “ejercicio de la capacidad jurídica”, si que puede ser reconocida con diverso alcance según las circunstancias que concurren en la persona.

3. Dejando a un lado el tema de la minoría de edad, que requeriría un tratamiento separado al obedecer a un fundamento diverso, la restricción a la capacidad de obrar sólo puede ser reconocida en base a una serie de requisitos: (1) que se establezca mediante resolución judicial. Así lo reconoce el artículo 199 del Código Civil cuando dispone “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”; (2) que concorra causa suficiente, cuya enumeración queda en buena medida abierta al disponer el artículo 200 que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Respecto de los menores de edad, que aunque disfruten de una capacidad de obrar limitada no tienen la consideración de incapaces, dispone el artículo 201 que “los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concorra en ellos una causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

A la vista del tenor del artículo 200 debemos distinguir, siguiendo la acertada visión de Santos Urbaneja, dos requisitos para que procediera la incapacitación: Por un lado, la enfermedad o discapacidad con alcance incapacitante y, por otro, la necesidad de recurrir a una institución tuitiva o de apoyo. En la terminología de este autor “**causa y motivo**” de la incapacitación. Debemos superar, siguiendo esta distinción, aquellos supuestos en que una persona queda sujeta a una institución tuitiva o de apoyo por la sola concurrencia de enfermedad o discapacidad. En todo caso debe existir un motivo, una situación que sólo pueda ser superada con garantías mediante el recurso a estas instituciones. Lo que es más, debería prescindirse de ellas en aquellos casos en que no exista una razón, que debería alegarse en el proceso, que justifique dicha intervención. El establecimiento de una medida de apoyo,

cualquiera que se a su alcance, sólo se justifica cuando tenga por objeto la asistencia en la ejecución de uno o varios actos por la persona afectada, nunca por la mera concurrencia de la enfermedad o discapacidad.

4. Finalmente, y requiriendo siempre como paso previo la incapacitación judicial, las instituciones tuitivas reconocidas son fundamentalmente tres, como reconoce el artículo 215: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º la tutela; 2º la curatela; 3º el defensor judicial.” A ellas habría que añadir la patria potestad prorrogada o rehabilitada y el guardador de hecho.

Cada una de estas instituciones procede en casos diversos y tiene un fundamento, funcionamiento y estructura también diversos que es necesario analizar, aunque sea someramente, para estudiar su adecuación a los principios rectores de la convención.

La tutela procede, según el artículo 222 del Código Civil, respecto de “los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido”, y son funciones del tutor “representar al 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 “administrar el patrimonio del tutelado”. Constituye, por tanto, el paradigma de las instituciones tuitivas de “sustitución”. La declaración de voluntad negocial, el contenido del negocio jurídico y la propia decisión de llevarlo a cabo corresponden en exclusiva al tutor sin intervención alguna del sometido a tutela. Aparte de suponer dicha sustitución, esta visión merece, de partida una clara crítica en cuanto pone de manifiesto la asunción de un principio contrario a todos aquellos que hemos analizado. Si se parte de presumir la capacidad de las persona, la intervención del tutor debería limitarse a **aquellos supuestos que establezca la sentencia** y quedar excluida de los demás. La resolución judicial debería establecer los casos en que sea necesaria dicha intervención. El texto actual supone que la sentencia haga lo contrario, que excepcione la intervención del tutor si para alguna actuación se estima que el tutelado tiene capacidad suficiente. El mero hecho de cambiar ese criterio legal supondría, además, hacer efectiva de una vez por todas la tan demandada graduación de las

sentencias de incapacitación y acabar con las resoluciones de incapacitación genéricas y absolutas.

La curatela, por su parte, con arreglo al artículo 287 del Código Civil, procederá para “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”. Tiene por objeto, según el artículo 289 “la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”. Del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela si es una institución que podría encajar en las denominadas por la convención de “apoyo o asistencia”. En la práctica, por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizá por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los “incapacitados”, la curatela es una institución cuya naturaleza está “viciada”. Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacitación limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente sólo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar.

En cuanto al defensor judicial, procede su nombramiento con arreglo a los artículos 299, 163 y 181 del Código civil cuando existe algún conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y su representante legal; en los casos de personas desaparecidas o cuando el conflicto se da entre el menor y los padres en el ejercicio de la patria potestad. Se diferencia de las demás instituciones en que es designado para una o varias operaciones o negocios concretos, pero supone claramente una institución de sustitución y no de apoyo, en cuanto el negocio o negocios jurídicos de que se trate son celebrados por el defensor y no por su representado. Además, dejando a un lado el caso de los menores de edad, parte de la premisa de la previa incapacitación de la persona afectada. Sólo puede establecerse cuando previamente ha recaído o se prevea, por tanto, sentencia de incapacitación.

Por lo que se refiere al guardador de hecho, sin perjuicio de que en la doctrina más reciente se propugne un mayor protagonismo en su actuación en defensa de personas, no

necesariamente incapacitadas judicialmente sino afectadas de algún tipo de discapacidad o indisposición temporal, su regulación en nuestro ordenamiento es testimonial, más cercana a la gestión de negocios ajenos sin título habilitante. Podría definirse como una actuación alegal, falta de seguridad jurídica y puntual. Su virtualidad quedaría reducida a los actos y negocios celebrados en representación, sustituyendo por tanto a otra persona, y siempre que no sean impugnados por serles perjudiciales. Dada su regulación ofrece pocas garantías para la persona que contrata con el guardado a su través y, por tanto, inútil en la práctica como institución permanente de protección. Es de destacar, no obstante, que incluso desde el punto de vista legal encontremos ya ámbitos en los que se le reconoce cierto protagonismo, por ejemplo, a la hora de constituir un patrimonio protegido o solicitar las ayudas derivadas de la ley de dependencia.

Finalmente, en cuanto a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, es una institución relativamente reciente en nuestro ordenamiento. Con arreglo al artículo 171 del Código Civil se produce en aquellos casos en que un menor es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad o cuando la incapacitación recae después y se encomienda la guarda y custodia a los padres. Sin perjuicio de que la sentencia de incapacitación puede modalizar su ejercicio, en todos los casos se limita a prorrogar o restaurar el ejercicio de la patria potestad, en la que los progenitores o el que de ellos la ejerza, sustituye al menor incapacitado y no lo complementa, apoya o asiste en su actuación. Si bien ha sido muy bien acogida por la doctrina en cuanto evita recurrir a instituciones más impactantes en la estructura familiar y ámbito vital del representado, como son la tutela o la curatela, requiere como las demás la previa incapacitación y queda claramente alejada de las instituciones de apoyo que reclama la convención.

## **V. VISIÓN CRÍTICA**

Examinadas ya las reglas generales de funcionamiento, estructura jurídica y naturaleza de las instituciones que asisten a las personas cuya capacidad de obrar debe ser completada, procede que entremos a delimitar las líneas comunes del sistema para

diagnosticar su adecuación o no a las que propugna el convenio de Naciones Unidas.

En primer lugar se trata de instituciones cuya puesta en marcha y aplicación requiere la previa incapacitación de la persona.

En ningún caso se prevé que una persona que no haya sido privada de su capacidad de obrar pueda beneficiarse de la función tuitiva que están llamadas a desempeñar estas instituciones. De ello resulta que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la convención como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, necesariamente ha de verse previamente privado de ella. En la práctica, cuando una persona no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría dicha asistencia o apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico, principalmente, en el ámbito extrajudicial, el notario, la única salida que se ofrece es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitada. Concluyendo, en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privado de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

En otro orden de cosas, se trata de instituciones que suponen en la práctica, salvo lo dicho, al menos, en teoría, para la curatela en el derecho español, la sustitución de la iniciativa de la persona titular de los derechos e intereses en juego, de su sustitución en la emisión y perfeccionamiento de la voluntad negocial y de su sustitución en la negociación de los términos del negocio jurídico de que se trate. Por tanto, en todo alejadas de la mera asistencia y apoyo que propugna la convención.

Además, ninguna de ellas se concibe con una finalidad puntual o como una suplencia prevista sólo para casos concretos. Se trata, por el contrario, de una sustitución de la persona con carácter general para todos los ámbitos jurídicos, personales o patrimoniales, con la sola excepción de los de carácter personalísimo. Éstos, que excluyen por su propia naturaleza la posibilidad de sustituir a la persona interesada –piénsese, por ejemplo, en el matrimonio, el testamento- quedan, simplemente, amputados y excluidos cuando la persona es declarada incapaz.

Resulta, por tanto, un panorama bastante inquietante. Si una persona con discapacidad necesita asistencia y apoyo puntual para

un acto o negocio de trascendencia jurídica, y la única manera de obtenerlo es a través de una institución que requiere que sea incapacitado, que supone su sustitución y que se establece con carácter general, nos encontramos, tanto en uno como en otro ordenamiento, en las antípodas de los principios sentados por la convención.

Esta estructura y estado de cosas no ha sido ajeno al tratamiento que a esta materia dan algunas legislaciones, sin perjuicio de que algunos de ellos han dado pasos en el sentido de corregir dicha situación. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos señalar como manifestación de esa tendencia:

1. El Código civil italiano, a partir de su reforma de 9 de enero de 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada “*amministrazione di sostegno*” y la incapacitación. La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses de esa manera parcial o temporal. Mientras, la incapacitación, que dará lugar al nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y a los y los mayores de edad que se encuentren habitualmente y por razón de una patología mental incapaces de proveer a sus propios intereses. En esta situación si que se procede al nombramiento de un tutor que representa y sustituye al sometido a esta medida.

2. El Código civil francés, por su parte, establece un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesite estar protegido en los actos de su vida civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de “*sauvegarde de justice*”. Prevé también la tutela, limitada a los casos de que un mayor de edad tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vida civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley

3. El derecho alemán reconoce que si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental, no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas designará a petición suya o de oficio, un asistente legal. Es una nueva forma de tutela sin la condición de la previa incapacitación del adulto,

adaptada de modo flexible a las necesidades de apoyo y representación jurídicas.

4. En el ordenamiento español encontramos un avance importante en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que en su capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad.

Aparte de lo anterior, es una institución que ha incorporado novedades dignas de elogio: puede ser solicitada por el propio interesado, mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, se da cabida al necesario respeto a las decisiones de la persona asistida, consagra como regla general la intervención conjunta del asistente y la persona asistida, el necesario respeto a su voluntad y opciones personales. Merece no obstante alguna crítica, como es el hecho de que, tratándose de un apoyo voluntario, no se prevea su constitución en sede notarial y fuera del ámbito judicial, mediante una institución análoga a los poderes preventivos o la autotutela.

En el derecho español, por el contrario, sin perjuicio de avances puntuales en la materia, la situación no ha variado desde esa concepción clásica de las funciones tuitivas a las que hemos hecho referencia. Es obvio que no responde a los avances sociales, jurídicos e incluso médicos que ha recogido la convención, por lo que, en los demás casos debería renovarse para poder recoger instituciones tuitivas en las que concurren los siguientes elementos:

- Por un lado, que queden desvinculadas de la necesaria y previa incapacitación de la persona. Por mucho que se propugne e incluso se haya señalado plazo con arreglo a la ley 1/2009 de 25 de marzo la revisión y modificación del procedimiento de incapacitación, éste no debería predicarse de personas que con normalidad, a pesar de la discapacidad que puedan sufrir y de que por ello requieran asistencia y apoyo puntual, puedan, con carácter habitual regir su persona y bienes.

- Deben arbitrarse medidas de asistencia y apoyo que tengan alcance puntual. Es decir, que tengan por objeto actuaciones concretas de la persona con discapacidad que en aras de su protección demande esa medida puntual. Se evitaría de ese modo que con el objeto de obtener asistencia para un caso concreto, dichas personas quedaran sujetas de modo indefinido a una limitación al ejercicio de su capacidad que no necesitan.

- Por otra parte, la flexibilidad requerida por estas instituciones debería plasmarse en el hecho de que, para atender al caso concreto, pudieran tener un carácter mixto. Es decir, que junto a actuaciones o negocios de trascendencia jurídica en los que podría ser necesaria y estar justificada la representación de la persona protegida, pudieran darse otros en los que la protección se arbitrara mediante una medida de mero apoyo o, incluso, sin necesidad de ninguna asistencia.

-Además, debería posibilitarse que en su diseño, establecimiento y contenido, quedaran abiertas a la intervención de la persona afectada por las mismas siempre y cuando tuviera capacidad para ello. Debería habilitarse expresamente en esta institución una posibilidad análoga a la reconocida para los supuestos de incapacitación por vía de los poderes preventivos y autotutela, pero no limitada a las instituciones que requieran la previa incapacitación en el sentido antes visto. Se distinguiría así entre medidas de apoyo que derivarían de la voluntad de la persona afectada y, por otro, aquellas establecidas con carácter obligatorio por la autoridad judicial.

-Finalmente, en el diseño de las medidas de apoyo que requieran establecerse por disposición judicial debería ésta diseñarse con un criterio finalista o funcional, es decir, partiendo no de la intensidad de la situación o patología discapacitante, sino de la finalidad de la asistencia. Precisando, por tanto, qué actos de trascendencia jurídica tiene el apoyo como objeto y finalidad y circunscribiéndose, por tanto, a estos. De este modo, además, se evitaría el hecho de que en muchas ocasiones, las demandas de incapacitación se interpongan con la finalidad tortricera de anular la voluntad de la persona afectada que, por ejemplo, desea decidir sobre su lugar de residencia o sobre el destino de sus bienes.

La salida a la situación actual requiere, por tanto, una clara modificación de las instituciones tuitivas tal y como vienen a ser reconocidas en nuestro ordenamiento, al menos mediante la incorporación de una nueva institución que recoja estas nuevas demandas e independientemente de que las tradicionalmente reconocidas en nuestro ordenamiento sigan subsistentes, que, eso sí, deberían ser revisadas para incorporar las exigencias mencionadas a alguna de las instituciones preexistentes. Así, en el derecho comparado encontramos legislaciones que han eliminado las instituciones tradicionales y otras que, por el contrario, como la italiana o el régimen establecido en derecho catalán, se han limitado a incorporar otras nuevas. Dichas innovaciones habrían de darse no sólo desde el punto de vista legislativo, sino desde la práctica y reorientación jurisprudencial de las mismas al objeto de provocar el cambio de actitud de la sociedad y de los agentes y operadores jurídicos.

Por ejemplo, en cuanto a la curatela, dada su construcción actual no serían excesivas las modificaciones legales a introducir. Bastaría suprimir la referencia a la previa sentencia de incapacitación, establecer con claridad su configuración como medida de asistencia y apoyo y, de otra parte, configurarla de aplicación para casos o ámbitos concretos, ya sea personales o patrimoniales en los que dicha asistencia se arbitrara como necesidad de autorización previa, asentimiento a la actuación del curatelado o complemento a su capacidad, no como sustitutivo de la misma. En cuanto a la intervención de curatelado en el diseño y configuración de dicha medida, debería arbitrarse de un modo análogo al ya reconocido para la tutela mediante la denominada "autotutela" a la que ya hemos hecho referencia, bastaría para ello eliminar la referencia que en la actualidad se hace a la previa incapacitación y hacer extensiva la autotutela no sólo a esta, sino a la generalidad de las instituciones tuitivas. Idéntica reflexión debería hacerse con relación al poder preventivo, donde deberían suprimirse iguales limitaciones.

En concreto, ya existe mandato al legislativo para abordar dicha modificación, la Disposición Final 1ª de la Ley 1/2009, ordena al Gobierno que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor en Junio de 2009, remita a las Cortes un proyecto de ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse de procedimientos de modificación de la

capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención de 13 de Diciembre de 2006.

Mientras tanto, habría que:

-Configurar la **curatela** como mecanismo básico para articular medidas de apoyo a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar; graduable, flexible y abierto en función de las necesidades concretas y las circunstancias de cada caso, potenciando la intervención del cuartelado en su constitución y funcionamiento de modo similar a la autotutela y a los poderes preventivos, y permitirse su aplicación a casos puntuales.

-Reservar la **tutela** para aquellas tomas de decisión en que no sea posible conocer la voluntad de las personas con discapacidad en relación con actos que les afecten, limitándola a actos concretos o situaciones concretas, puesto que nuestro ordenamiento ya prevé la posibilidad de que en virtud de la sentencia de incapacitación se establezca una graduación, un “traje a medida” y no una incapacitación generalizada y de contornos prácticamente universales, como sucede actualmente en cerca de un noventa y cinco por ciento de casos.

Finalmente, no me gustaría acabar sin hacer una referencia somera a las garantías que deberían asistir el ejercicio de tales funciones tuitivas, ya sea en su constitución, desarrollo o ejercicio.

Parece claro que en cuanto el ejercicio de estas funciones vengan impuestas a la persona afectada, cuando se trate de apoyos obligatorios, en cuanto afectan a derechos fundamentales, deben quedar bajo la salvaguardia de la autoridad judicial y superior vigilancia del Ministerio fiscal, cuya actuación debería enmarcarse en un nuevo cauce procesal que posibilite la asunción y la configuración del procedimiento como tendente no únicamente a privar a la persona con discapacidad de la capacidad que la convención le reconoce expresamente, sino a su asistencia y apoyo en las líneas vistas. En lo demás, por el contrario, deberían potenciarse cauces adecuados para que la autonomía de la voluntad de estas personas, en la medida de sus posibilidades, tuviere su reflejo en constitución y funcionamiento de tales instituciones mediante fórmulas adecuadas a cada caso, como los mencionados poderes preventivos y autotutela, a través de los cuales, y sin necesidad de intervención judicial, dichos apoyos

podrían establecerse por la propia persona afectada como mecanismos de apoyo voluntario. Además, medie o no dicha resolución judicial, sería necesario para dotar de seguridad a los negocios jurídicos en que intervengan dichas personas y los que con ellas contraten, de la intervención de una autoridad pública que vele en el tráfico extrajudicial, de una valoración adecuada de su capacidad, de la inexistencia de vicios en la formación de su voluntad, de la adecuación a la legalidad de los mismos y de la protección de los derechos de las personas más vulnerables o desasistidas, funciones todas ellas que en la generalidad de las legislaciones de nuestro entorno vienen encomendadas a la institución notarial.

Federico Cabello de Alba Jurado  
Notario  
Director del Área social Fundación Aequitas  
Guardo, noviembre 2010