



Trabajo Fin de Grado

CURATELA COMO PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Autora

Laura Montañés Garay

Directora

Marina Pérez Monge

Facultad de Derecho
2020-2021

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. CURATELA DISEÑADA COMO PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL EN LA LEY POR LA QUE SE REFORMA EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. SU EVOLUCIÓN

1. CONVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA
2. DECISIÓN DE OPTAR POR LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE REFERENCIA
3. NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE LOS CURADORES
 - 3.1 Personas que pueden ser curadores
 - 3.2 Número de curadores
 - 3.3 Remoción de la curatela
4. EXTINCIÓN DE LA CURATELA
 - 4.1 Rendición de cuentas

III. LA AUTOCURATELA EN LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES
2. FORMA DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

**IV. SUPRESIÓN DEL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD DE LA TUTELA,
LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD
REHABILITADA**

1. SUPRESIÓN DE LA TUTELA
2. SUPRESIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y
REHABILITADA.

**V. LA CURATELA EN RELACIÓN CON LOS TRASTORNOS
PSQUÍATRICOS Y EL RETRASO MENTAL LEVE**

1. CÓMO ADAPTAR LA FIGURA DE LA CURATELA A LAS PERSONAS
CON TRASTOROS PSQUÍATRICOS
2. CÓMO ADAPTAR LA FIGURA DE LA CURATELA A LAS PERSONAS
CON RETRASO MENTAL LEVE

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA

LISTA DE ABREVIATURAS:

Art.	Artículo.
AP	Audiencia Provincial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CNUDPD	Convención de las Naciones Unidas de las personas con discapacidad.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Núm./nº	Número.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Págs.	Páginas.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJCAT	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
Vol.	Volumen.

I. INTRODUCCION

Recientemente se ha aprobado la Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entrará en vigor el próximo 3 de septiembre.

Tal y como señala el preámbulo de la citada ley “la presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

Respecto a la legislación procesal, la LEC regula los procesos que versan sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. Por otra parte, el vigente Código Civil contempla las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona autogobernarse como causas de incapacitación, que tiene como objetivo principal la protección del incapacitado, de su persona y de su patrimonio debido a que estas personas no tienen capacidad natural de actuar y decidir libremente ni en el ámbito personal ni el ámbito patrimonial, es decir, carecen de autogobierno¹.

Al margen de esta definición y los problemas que nos puede suscitar cabe destacar que, además en los últimos años tanto el término de “incapacitación” como el de “incapacitado” han sido objeto de crítica por considerarlos ofensivos. Así pues, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que

¹ DE PABLO CONTRERAS, P et al. «Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Derecho de la persona, Curso de derecho Civil (I), Volumen (II)*, 5^a edición, Madrid, 2016.

incorpora la adaptación a la Convención de las Naciones unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estos términos han quedado sustituidos, por tanto, hay que hacer referencia a estas como personas cuya capacidad está modificada judicialmente.

La incapacitación no es homogénea ya que el grado de discernimiento en cada persona es diferente y esto es lo que marca la protección que deberá tener dicho individuo frente a su limitación de capacidad. En nuestro ordenamiento, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley que reforma el Código Civil, había principalmente tres figuras: tutela, curatela y patria potestad.

La crítica a nuestro sistema vino con la Convención sobre los Derechos de las personas de Nueva York del 2007, adoptada por las Naciones Unidas en diciembre del 2006 y ratificada por España en noviembre del año siguiente, en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Este reproche sobre las instituciones tutelares de las personas con discapacidad intelectual se sustenta en el argumento de la excesiva envergadura que tiene el juez en dichos procesos y tal y como señaló la STS de 29 de abril de 2009 “al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión”².

A raíz de esta convención se han apreciado varios informes, donde señalan evidencias de que nuestro sistema jurídico debía cambiar, ya que era muy paternalista y restaba mucha autonomía a las personas con discapacidad. Un claro ejemplo de esto es el “Informe de investigación de la ONU en relación con España sobre el art. 24 de la Convención de derecho de las personas con discapacidad”. En este, se ve reflejado como hasta la aprobación de la Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y aunque España ratificó dicho Convenio en 2007, seguía sosteniendo “un sistema segregador y excluyente, basado en una evaluación anclada en

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), núm. 282/2009 de 29 de abril de 2009 (1259/2006).

el modelo médico de la discapacidad, en el que hay una denegación de los ajustes razonables necesarios para la inclusión”³.

Finalmente, con la publicación de la ley en el BOE a fecha 3 de junio de 2021 se ha dado tal y como señala en su preámbulo “un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

II. CURATELA DISEÑADA COMO PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL EN EL LEY POR LA QUE SE REFORMA EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. SU EVOLUCIÓN.

1. CONVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006 EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.

Para comenzar a hablar de la curatela como principal medida de apoyo de origen judicial en Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, hay que destacar que se parte fundamentalmente de tres antecedentes: La Convención internacional de los derechos con de las personas con discapacidad, el Derecho comparado y la doctrina sentada por el Tribunal Supremo desde 2009.

En concreto, nos vamos a centrar en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la CNUDPD). Es un tratado internacional que tiene como fin lo que señala en su artículo 1 “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”. Como he señalado, este tratado es internacional, pero tiene una dimensión nacional ya que sus destinatarios son los sujetos que lo hayan firmado dentro del ámbito internacional. Concretamente, en el caso que nos concierne, es decir, el español este Tratado fue ratificado el 3 de mayo de 2008.

³ Informe de investigación de la ONU en relación con España sobre el artículo 24 de la Convención de las Personas con discapacidad. Compilación y resumen [consultado 14 de marzo de 2021] Disponible en: <https://www.fundacionunicap.org/informe-onu-inclusion/>

A partir, de este momento la legislación española sufre una serie de modificaciones en las que todo hace apuntar a que nuestro Ordenamiento Jurídico es cada vez más afín a la concepción de la discapacidad que aparece refleja en la Convención.

Una de las modificaciones más sustanciales que se han producido desde la ratificación de la CNUDPD es la Ley 1/2009, de 25 de marzo que reforma la Ley de 8 de junio en 1957, sobre el Registro Civil en lo que concierne a la materia de incapacidad como son los cargos tutelares y la administración del patrimonio y la más esperada a la par que importante. Aunque como hemos visto, se han producido diversos cambios en nuestra legislación para adaptarla a la nueva visión del tratamiento que deben recibir las personas con discapacidad, este paso ha sido dado recientemente. Faltaba el paso definitivo que ya se ha producido, es decir, la aprobación de la Ley de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a la capacidad de obrar. Esta reestructura de forma parcial de estas leyes modificando los títulos IX y X del Libro I junto con los artículos 166 y 171 del Código Civil y a su vez respecto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Titulo I de esta.

Por tanto, de esta forma se ha dado el paso concluyente para en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para pasar a una situación de “prestación de apoyos”⁴.

2. DECISIÓN DE OPTAR POR LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE REFERENCIA.

El punto de partida para entender esta decisión lo encontramos en las medidas legislativas en torno a la capacidad que hemos mencionado en el anterior punto que son objeto de la trasposición de la Convención Nacional de las Naciones Unidas a nuestro ordenamiento jurídico.

La crítica a las instituciones tutelares a las personas con discapacidad intelectual, centradas en exclusiva en la incapacidad, se vio reforzada con la ratificación de esta Convención. La denuncia, es especialmente hacia el peso excesivo que, en el sistema, anterior tenía el juez y la poca permeabilidad de derecho privado a las propuestas y

⁴ CNUDPD.

principios de la Convención, que parte de la consideración del carácter subsidiario de la protección y el carácter primario de la autonomía de la voluntad⁵.

Unido a esto podemos hablar lo que se conoce como “interpretación ortodoxa”. En este caso, se defiende la necesidad de eliminar la distinción que existe entre la capacidad de obrar y la capacidad jurídica. En la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, las personas con discapacidad tienen la misma personalidad jurídica que los demás y por tanto, su capacidad jurídica debe manifestarse en idénticas condiciones que el resto tal y como se desprende de la CNUDPD. Por esta razón y unido a la definición de curatela mencionada anteriormente, lo que se busca con este nuevo sistema y que aparece enunciado en el apartado 3 del artículo 12 CNUDPD no es un proceso de incapacitación que aminore o suprima la personalidad jurídica, sino que se establezcan unas medidas de apoyo para el ejercicio de esta capacidad jurídica.

En consecuencia y para hacer una visión global de la interpretación ortodoxa diremos que “parte de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental haciendo a partir de ahí dos afirmaciones relevantes i) en virtud del artículo 12 de la Convención, los déficit en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica; ii) la capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación. Por consiguiente, la prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación para la capacidad mental”⁶.

De tal manera, como hemos visto, la curatela es de naturaleza asistencial, aunque hay casos en los que se le atribuirán al curador funciones representativas, esto es porque el apoyo es un término muy amplio y hay casos en los que se requerirá que dicho curador

⁵ DE PABLO CONTRERAS, P et al. «Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Derecho de la persona, Curso de derecho Civil (I), Volumen (II)*, 5^a edición, Madrid, 2016.

⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las naciones unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

deba actuar en representación o sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones.

Para seguir con la justificación de por qué se opta por la curatela como medida de apoyo de origen judicial, lo haremos a través de cuatro principios que la inspiran, estos son necesidad, temporalidad, proporcionalidad y personalización de la medida. Estos aparecen reflejados en el nuevo articulado del CC, el cual aparece en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La necesidad se establece en el artículo 250 en su párrafo dos, donde expone que para que una persona este bajo curatela debe de necesitar apoyo continuado. La temporalidad, exige que las medidas de apoyo sean revisadas periódicamente en plazo máximo de tres años, unido a estas aparece la proporcionalidad, es decir, las medidas que se adopten deben ser proporcionadas a las necesidades que tenga cada persona y su extensión quedará determinada en la resolución judicial de acuerdo con la situación y circunstancias de cada persona. Esto debe hacerse de manera precisa y de ninguna forma puede establecerse únicamente la sola prohibición de derechos. Por eso, tal y como señala el artículo 12.4 CNUDPD la curatela es una mera medida de apoyo, por lo que se debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de cada persona, es decir, dicha institución debe estar personalizada a medida: “Los Estados Parte 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”⁷.

⁷ Artículo 12.4 CNUDPD

De ahí que, como hemos visto la curatela es de naturaleza asistencial, aunque hay casos en los que se le atribuirá al curador funciones representativas, esto es porque el apoyo es un término muy amplio y hay casos en los que se requerirá que dicho curador deba actuar en representación de la persona con discapacidad como toma de decisiones. Esto es lo que se denomina “curatela representativa” ideada para gestionar el patrimonio del discapacitado. Esta es una tutela con algunas diferencias y novedades. Deberá ser acordada por autoridad judicial en casos especialmente graves de discapacidad ejerciendo la representación de manera muy precisa.

3. NOMBRAMIENTO DE LOS CURADORES.

Para el nombramiento de curadores debemos tener en cuenta en primer lugar la voluntad de la persona tanto si ha propuesto un nombramiento como una exclusión. En el caso de que no concorra esta situación procederá a nombrar el curador la autoridad judicial.

Pasando al análisis del articulado de la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, vamos a enunciar las principales características de las que debe precisar una persona para poder ejercer la curatela.

3.1 Personas que pueden ser curadores.

Empezaremos planteado quién puede ser curador, para eso el artículo 275 nos enuncia que pueden ser curadores las personas que sean mayores de edad y que desde el punto de vista de la autoridad judicial sean adecuadas para el correcto desempeño de su función. En este artículo no solo se habla de personas físicas, también pueden serlo “fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad”.

Aún cumpliendo estos requisitos, si están incursos en alguna de las dispuestas en el párrafo 2 del citado artículo y que mencionaré a continuación, no podrán ser:

“1º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo.

2º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección.

3º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior”.

Además, en el párrafo 3 este mismo artículo indica que la autoridad judicial a no ser que concurran circunstancias excepcionales no podrá nombrar curador a las siguientes personas:

“1º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

2º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.

3º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona “⁸.

El orden que se debe seguir para el nombramiento de los curadores es el que aparece en el artículo 276: “La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275. En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador”: el cónyuge o similar siempre que conviva con la persona que requiera de la tutela, el hijo o descendiente (en caso de que haya varios tendrá preferencia el que conviva con la persona que precise de apoyo), el progenitor o ascendiente siguiendo la misma norma que con los ascendientes, quien este actuando como guardador de hecho, el hermano/pariente/allegado de la persona que precisa tutela y por último una persona jurídica en la que no concurran las condiciones que hemos señalado anteriormente, es

⁸ Artículo 275 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

decir, las causas que inhabilitan a una persona física para ser curador inhabilitan de igual forma a una persona jurídica.

Hay que tener en cuenta que este orden no es inamovible ya que la autoridad judicial puede alterarlo, ya que tal y como se desprende del artículo 276 en sus párrafos finales “La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias”.

3.2 Número de curadores.

Aunque continuamente estemos hablando de la persona que puede ser o no curador, no tiene por qué ser necesariamente uno sino qué puede haber más si así se justifica por la voluntad y las necesidades de la persona que precisa apoyo y así lo señala el artículo 277. Siguiendo con este, se desprende que incluso pueden separarse los cargos de curador de la persona y curador de los bienes de esta. Tiene que ser la autoridad judicial la que establezca el modo de funcionamiento, respetando como siempre la voluntad de la persona que precise apoyo.

3.3 Remoción de la curatela.

Una vez se ha producido el nombramiento del curador este se puede remover como en el artículo 278 indica: de oficio, por parte de la autoridad judicial, o en su defecto por parte de la persona que requiere de curatela a través de una autorización. Además, si el Ministerio Fiscal conoce por sí o a través de otras causas que pueden desembocar en remoción también puede instarlo.

Las causas que llevan a la remoción del curador son:

- Si incurren en una causa legal de inhabilitación después del nombramiento.
- Si incumplen los deberes del cargo y por tanto, conducen mal su desempeño de la curatela.
- Si surgen problemas de convivencia con la persona a la que prestan apoyo. Estos deben de ser graves y continuados.

En estos casos, el curador puede tener responsabilidad debido al desempeño de su actividad y tendrá que responder por esta. En concreto “responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona”⁹. Dicha responsabilidad prescribirá a los tres años desde la rendición de cuentas.

4. EXTINCIÓN DE LA CURATELA.

Hay dos formas de extinción de la curatela en la reciente reforma sobre la discapacidad que ha llevado a cabo nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, en el artículo 291 del nuevo articulado del CC indica que esta se puede extinguir:

- Por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo. Se nos indica, que esta extinción será de pleno derecho, es decir, esto equivaldrá a la nulidad de dicho acto, ya que se extingue la capacidad jurídica de la persona que necesitará de la curatela y esto supondrá un defecto insubsanable que no nos permitirá seguir con esta institución¹⁰.
- Cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo. Esta extinción la podemos explicar a través de las ya citadas anteriormente características que justifican la curatela. En primer lugar, la temporalidad, la citada medida de apoyo será revisada en un plazo máximo de tres años, por tanto, parece evidente que si en esta revisión se aprecia que la medida ya no es necesaria se pase a dictar una autorización judicial -necesaria en este tipo de extinción.

Cuando por cualquiera de estas dos causas, se extinga la curatela, el prestador de apoyo tendrá la obligación de rendir cuentas justificando su actuación y administración como curador en un plazo de tres meses que se podrán prorrogar si se justifica la causa

⁹ MUNAR BENAT, P.A «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 20 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

¹⁰ MUNAR BENAT, P.A «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 20 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

4.1 Rendición de cuentas.

Esta cuestión se regula en el artículo 292, donde señala que además de la obligación periódica que tienen los curadores de rendir cuentas acordes con lo que les ha impuesto la autoridad judicial cuando detienen sus funciones, hay que rendir ante ella la cuenta general y justificada de su administración en un plazo de tres meses. Para exigir esta rendición se debe hacer antes de los cinco años contados desde la terminación del plazo para resolverlo.

Antes de aprobar dicha cuenta, la autoridad judicial oirá a la persona que ha estado sometida a curatela o a sus herederos.

Además, el artículo 292 establece “La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela”.

III. LA AUTOCURATELA EN LA LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Para entender el origen de esta figura, tenemos que hablar de la supresión de la tutela como medida de apoyo a las personas con discapacidad como eje principal. Esto, aparece reflejado en la Convención de Nueva York que posteriormente fue suscrita por nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, desemboca en la eliminación de figuras consideradas muy rígidas. Lo que se busca es pasar a un modelo donde aparezcan figuras que lo que hacen es proporcionar el apoyo que necesitan sin extralimitaciones.

La autocuratela, tiene una definición difícil de precisar, pero para hacer una primera aproximación citaremos lo que se expone en la rúbrica del borrador de la ponencia, es decir, la definiremos como “Designación y organización voluntaria de la curatela”¹¹.

¹¹ ESCARTÍN IPIÉNS, JA «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad» ,en *Revista de Derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 25 Marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

Esta medida entra en concordancia con lo señalado en el nombramiento de curadores, pues más allá de la cantidad de curadores, la forma en la que ejerzan la curatela lo que en todo momento se recalca en los artículos que regulan dicho procedimiento (elegir curadores) es que siempre va a prevalecer, en caso de que sea posible la autonomía de la persona para elegirlos. Atendiendo a esta pequeña aproximación diremos, que la autocuratela está regulada en los artículos 269 a 272 del nuevo CC. Es una muestra de autonomía de la persona para el caso de que en un futuro precise de curatela. Debe ser mayor de edad o menor emancipado para establecer la posibilidad a través de escritura pública de quién quiere que ejerzan dicho cargo tutelar en caso de que concurran las circunstancias del artículo 248, es decir, que pueda prever que en un futuro pueda necesitar medidas de apoyo para desarrollar su personalidad y desenvolverse en situaciones de igualdad.

Hay que destacar, que además de nombrar una serie de curadores la persona que pueda necesitar la curatela en un momento determinado, también puede optar por excluir a ciertas personas para dicho cargo.

Además de elegir los curadores, también pueden elegir los términos en los que quieren que estos ejerzan dicha institución sobre ellos. Lo cual quiere decir, que en la escritura pública se pueden establecer las “instrucciones” sobre el funcionamiento de la curatela; esto incluye el cuidado que precisa recibir, las reglas de administración y disposición de los bienes e incluso la retribución del curador.

Es de una consideración importante tener en cuenta, que salvo que haya una resolución que motive que existen circunstancias graves que desconoce la persona que estableció la auto curatela o que se han alterado las causas por las que había solicitado esta, en principio toda la propuesta de nombramiento y demás vinculaciones que establezca una persona vincularán a la autoridad judicial a constituir curatela.

2. CARÁCTER IMPERATIVO O DISPOSITIVO DE LAS NORMAS

Cuando esta ley todavía era anteproyecto se planteó la cuestión de si las normas relativas a la curatela en general serían de carácter imperativo o dispositivo y de qué modo esto afectaría a la curatela.

Pero tanto en “la subcomisión encargada de redactar la ponencia de la curatela, como en las deliberaciones del Pleno, no se planteó directamente la cuestión del carácter

imperativo o dispositivo de sus normas. Sino que el debate se centró en torno a los poderes de la autoridad judicial, mostrando dos opiniones: una, la de dejar al criterio del juez lo más conveniente; es decir, «el traje a medida» que acunó la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril del 2009. Y otra, más acorde con los principios del Derecho europeo continental, que parte de la base de un juez sometido a la ley y que, por tanto, exige al legislador establecer con toda claridad la norma a seguir; la ponencia de la subcomisión resolvió con un acuerdo transaccional que sería mantenido en sus líneas básicas por el Pleno. Así que se soslayó el debate sobre el carácter imperativo o dispositivo de tales normas.”.¹²

Por esta razón, nos limitaremos a responder si conforme al artículo 269 en materia de autocuratela debe de primar en todo momento la voluntad del declarante sobre las normas de carácter general, quedando esta norma que es la que establece la ley para el curador como supletoria. “La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa. En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos”¹³.

A lo largo de todo el texto podemos ver la importancia que tiene la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas que precisan apoyo. Esto, aparece citado en los artículos relativos a la curatela. En el artículo 268 aparece cómo el curador es el que asistirá y prestará apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona que lo requiera respetando siempre lo que demande la persona a la que debe asistir. En el artículo 276 se regula obligación de oír a la persona que requiera de curatela. Incluso

¹² ESCARTÍN IPIÉNS, JA «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», en *Revista de Derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 25 Marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

¹³ Artículo 269 Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

aparece que hay que respetar la garantía de dichos deseos en materia de autorización judicial, tal y como nos aparece en el artículo 276. Por tanto, aquí vemos cómo en principio podemos pensar que lo mejor sería la prevalencia de la voluntad de declarante en el régimen de autocuratela, sobre el régimen general, que es la curatela. Además, a parte de los artículos que hemos citado del anteproyecto, en la convención podemos ver una clara manifestación de esto que estamos diciendo en el artículo 12.4 “Esas salvaguardias aseguraran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...”¹⁴.

Ante esto, la otra cara de la moneda son “las excepciones al principio dispositivo, estas son «conflicto de intereses», «influencia indebida», «falta de proporcionalidad», «falta de adaptación a las necesidades de la persona», «que se apliquen más allá del plazo más corto posible», «que están sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial». «Que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» (artículo 12.4 de la Convención)¹⁵.

Las exigencias que acabamos de exponer a continuación y que son fruto del artículo 12.4 de la Convención, nos sitúan ante el deber de cumplir las imposiciones que con carácter imperativo nos dicta la Convención tal y como se ha cumplido en nuestro ordenamiento tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

¹⁴ Artículo 12.4 Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁵ ESCARTÍN IPIÉNS, JA «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», en *Revista de Derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 25 Marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

IV. SUPRESIÓN DEL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD DE LA TUTELA, LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA:

1. SUPRESIÓN DE LA TUTELA:

Antes de la modificación el objeto de la tutela era representar a la persona que presentaba cierto grado de discernimiento a la par que respetar y atender a la protección a la que quedaba sometido el incapacitado según lo que establecía la sentencia de modificación de la capacidad de obrar¹⁶, la diferencia con la curatela es que mientras que la primera tenía como finalidad la suplencia de la capacidad de obrar de quien carece de ella y la representación de esta misma persona, la curatela lo que hace es completar dicha capacidad de obrar, sin entrar en la representación, guarda ni administración de bienes del incapacitado.

A raíz del convenio y como hemos ido tratando a lo largo del presente trabajo se ha optado por eliminar la institución de la tutela del ámbito de la protección de las personas con discapacidad.

El punto clave de esta cuestión lo encontramos en el artículo 12 de la Convención, en concreto en su punto 3 podemos observar cómo defiende que deben establecerse unas medidas de “apoyo” para el ejercicio de la capacidad jurídica, debido a que estas tienen la misma personalidad jurídica y debe de ser reconocida en igualdad de condiciones: “La obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros, que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones, exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos”.

No obstante, posterior a todo esto ya se empezaba augurar este cambio dentro de la legislación española, razón por la cual tanto juzgados como tribunales desde hace varios años empezaban a prescindir de la tutela como tal considerándola muy severa. Un buen ejemplo de esto tal y como trata De Salas Murillo es la Sentencia del Juzgado de

¹⁶ DE PABLO CONTRERAS, P et al. «Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar», en *Derecho de la persona, Curso de derecho Civil (I), Volumen (II)*, 5^a edición, Madrid, 2016.

Primera Instancia nº 8 de Gijón de 13 de octubre de 2009, que, tras reiterar que el proceso de incapacitación es el último remedio al que debe acudirse, afirma que “todos los profesionales que intervienen en el mismo, somos modistas de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y solo y exclusivamente a ella. Cada incapaz necesita su especial medida de protección”¹⁷. En esta sentencia pues, se puede observar que, aunque en nuestro ordenamiento la teoría era bastante restrictiva y diferenciadora con lo que era la tutela y lo que es la curatela, parte de nuestra jurisprudencia ya hablaba de la tutela como un mecanismo para completar la capacidad de obrar y solo cuando sea necesario y de forma excepcional suplirla.

Sobre este tema, hay otra sentencia bastante ilustrativa, que, aunque fue dictada bajo el derecho catalán se puede trasponer como ejemplo a este tema, esta es la STSJCAT 5103/2018, 4 junio

Para empezar, anterior a esta sentencia citaremos la Sentencia de Primera Instancia 40 Barcelona. La cual falla en que es necesaria la modificación de la capacidad de obrar de la persona que necesita protección solamente en lo referente a la medicación de su tratamiento psiquiátrico¹⁸. Ante esta situación se acordó que se constituiría entorno a la interesada una figura de protección que en este caso es la tutela.

Ante esta sentencia se admitió un recurso de casación donde se discute “cuál debiera ser la figura jurídica más adecuada para la protección de la Sra. Enriqueta, habida cuenta de las deficiencias en su capacidad que han determinado las Sentencias de instancia: si la tutela, como se ha acordado en la Sentencia de apelación confirmatoria de la del Juzgado, o bien la curatela”.

¹⁷ Sentencia proporcionada por el juzgado, no accesible en base de datos.

¹⁸ PADIAL ALBÁS, A. «El respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad y el reconocimiento de la diversidad. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5103/2018, de 4 de junio», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las naciones unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019

Por tanto, la STSJCAT le da la razón a la de primera instancia en que la persona con discapacidad necesita asistencia, ya que esta no tiene conocimiento ni conciencia de su enfermedad por lo que no puede administrar ni gestionar esta por ella misma y así se lo determina “El Ministerio Fiscal, en un completo informe, considera que al no poder prestar la Sra. Enriqueta su consentimiento para los tratamientos médicos que le son necesarios al no tener conciencia de su enfermedad, solo podría representarla legalmente el tutor, aunque no se opone a que le sea nombrado un curador si expresamente se indican en la resolución judicial las facultades que tendría en relación con las limitaciones de la Sra. Enriqueta”¹⁹ añadiendo también tal y como se señalaba en la anterior sentencia que dicha persona tiene un trastorno paranoide de la personalidad, con pensamiento inadaptado a la realidad que le rodea pero que aun con todo es “es plenamente capaz para la administración de sus bienes y para las actividades instrumentales de su vida diaria”.

Dicho lo cual, esta sentencia aboga por constituir la figura de la curatela para Doña Enriqueta y así se hace ver en el fallo argumentando que “la Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos, que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. El juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe ajustarse a aquellos ámbitos en que estrictamente se requieren los apoyos” y el preámbulo de dicha convención “que esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ”. Por ello, para este caso se considera que se necesita la curatela y no una figura tan rígida como es la tutela ya que esta persona puede tomar sus propias decisiones para determinados aspectos de su vida.²⁰

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal), núm. 52/2018 de 4 de junio de 2018.

²⁰ PADIAL ALBÁS, A. «El respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad y el reconocimiento de la diversidad. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5103/2018, de 4 de junio», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las naciones unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019

Como conclusión a esto podemos decir que la tutela se contempla como una figura bastante restrictiva y lo que hace es restar autonomía a la persona incapacitada de modo que en vez de prestar apoyo para “completar” su capacidad de obrar lo que hace es suplirla actuando por este. En consecuencia, diremos que si bien es cierto que nuestro ordenamiento necesitaba una reforma para abandonar el sistema tan paternalista que tiene nuestro Código Civil respecto a la discapacidad en relación con la tutela, a día de hoy asentada jurisprudencia flexibiliza la figura de tutela como algo menos restrictivo prestando mucha más autonomía a la persona que precisa de estos apoyos. Así, podemos ver que lo que recoge, por ejemplo, la última sentencia citada es que para cada persona lo ideal es prestarle los apoyos que necesite, que evidentemente variarán dependiendo de la situación en la que se comporte cada persona, que es precisamente lo que defiende la Convención y lo que recientemente se ha traspuesto en nuestro ordenamiento jurídico entrando en contraposición a la idea de que el tutor tiene que actuar siempre por norma general por nombre del tutelado.

2. SUPRESIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITADA

La figura de la patria potestad prorrogada protegía a los hijos que hubieran sido incapacitados y por el ministerio de ley se alargaba al llegar estos a la mayoría de edad. De otro lado, la patria potestad rehabilitada entraría en juego cuando dicho hijo mayor de edad, soltero y que vive en compañía de sus padres quedara incapacitado, dicha institución le corresponderá a las mismas personas que si fuese menor de edad²¹

Con la presente reforma ambas figuras han desaparecido, siendo esto otra evidencia de la implantación de la curatela como única medida de apoyo. A la hora de la supresión de la patria potestad tanto rehabilitada como prorrogada hay que tener en cuenta que no siempre los padres son la mejor opción para ejercer dichas instituciones de protección y que así estos obtengan el mayor grado de autonomía. Además, hay que destacar que la edad de los padres siempre es evidentemente manifiestamente superior a la de los hijos y esto a la larga pueda causar que la patria potestad se complique debido a la longeva edad que puedan alcanzar estos. A esto se le añade, tal y como se señala en la

²¹ Artículo 171 Código Civil Español

exposición de motivos²² que son figuras demasiado rígidas, por tanto, cuando el menor que siga necesitando asistencia llegue a la mayoría de edad y pueda quedar sujeto a tutela o se le nombre un defensor judicial se debe garantizar la participación de este en el proceso atendiendo a su voluntad, deseos o preferencias.²³

Todo esto sin perjuicio de que los padres podrán ser tutores de sus hijos siempre que “se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellos no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”²⁴ Los cuales también podrán ser curadores tal y como indica el artículo 276 CC en redacción dada por la Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por último, el art. 128 establece: “el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes”. Los cuales también podrán ser curadores tan y como indica el artículo 276 CC en redacción dada por la Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

V. LA CURATELA EN RELACIÓN CON LOS TRASTORNOS PSIQUIÁTRICOS Y RETRASO MENTAL LEVE

1. CÓMO ADAPTAR LA FIGURA DE LA CURATELA A LAS PERSONAS CON TRASTORNOS PSIQUIÁTRICOS

En principio, la curatela está pensada para que las personas tengan el máximo autogobierno posible dependiendo de su caso. Esto conlleva proteger a los enfermos en

²² Preámbulo CNUDPD.

²³ Artículo 250 Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²⁴ Artículo 211 Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

los momentos en los que pierden su discernimiento y darles más libertad cuando tengan lucidez, tratando los primeros como la excepción. Pero hay veces, en los que nos podemos encontrar con un trastorno psiquiátrico que como regla general son de base permanente. Por tanto parece que en este caso de personas que necesitan especial protección la figura de la curatela queda insuficiente

Parece haber concordancia con todas las posiciones cuando, partimos de la base que al diagnosticar un trastorno psiquiátrico que en principio es permanente haya de ser decretada la incapacitación, según la regulación anterior a la reforma por la ley 8/2021, de 2 de junio.

Además de esto y parece ser un caso un poco más polémico en líneas generales, pero en el que también hay bastante consenso, es que cuando una persona tiene capacidad natural de obrar no cabe la incapacitación, no obstante, la curatela en muchos casos se puede quedar bastante escasa. Por esto, podríamos pensar que es más adecuada la tutela al ser necesario algo más que un complemento de capacidad. El problema aquí es qué es muy difícil delimitar cuando esta sería necesaria, ya que no se sabe en qué momento podría existir o en qué momento la persona conserva su pleno discernimiento. Por tanto, esta apreciación es muy subjetiva y crea bastante inseguridad jurídica.

Por tanto, hay líneas y en mi opinión bastante acertadas que abogan por revisar la curatela y darle en cada sentencia mayor o menor potestad a los curadores dependiendo siempre del grado de incapacidad que requiera la persona afectada. Así mismo, en estas situaciones, al analizar el caso especial de cada persona es cuando se determina qué requiere de grandes apoyos y por tanto requieren de lo que se conoce como curatela representativa. Esta solo se puede dar en casos tasados que las personas realmente lo necesiten y no pueda obrar por sí mismas. Aún así, el objetivo de estas figuras, y en la medida que se pueda, interpretando la voluntad de la persona, esta curatela se deberá ejercer teniendo en cuenta la trayectoria de la vida profesional de cada persona (personal, creencias, valores...). El interés de la persona con discapacidad se suprime: se tiene en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

Al hilo de esto, nos podemos encontrar con el caso de que una persona esté bajo tutela, que es lo que suele suceder, como hemos dicho con las personas que tiene trastornos

psiquiátricos. En este caso, la ley tiene una precisión su disposición transitoria quinta, donde los tribunales tienen la misión de revisar estos procesos judiciales. Esto no quiere decir que se vaya a suprimir de forma inminente los cuidados que la persona está recibiendo, ni que se proceda a sustituir a la persona que se los está brindando en el momento actual. Lo que pasará en estos casos, donde ya se ha dictado sentencia de modificación de la capacidad, será que se seguirán aplicando tanto la curatela, como la tutela, como la patria potestad o lo que cada persona requiriese en el momento en el que fue modificada su capacidad, pero siempre siendo adaptada y de forma proporcional al nuevo sistema. Por lo tanto, lo que defiende el texto es que se hagan revisiones anuales de cuentas de las personas e instituciones que hoy en día son tutelados y poco a poco se adaptaran a los criterios de la convención, de acuerdo con la disposición transitoria quinta que establece: “Revisión de las medidas ya acordadas. Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”²⁵.

2. CÓMO ADAPTAR LA CURATELA A LAS PERSONAS CON RETRASO MENTAL LEVE.

En este caso, para ver lo que suele ocurrir en nuestro ordenamiento jurídico en este tipo de casos podemos analizar jurisprudencia.

²⁵ Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas. Ley 8/2021, de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 1532/2014 de 4 de noviembre de 2015 (RJ 600/2015). Al margen de los recursos interpuestos y todo el proceso, concluiremos que en este caso se solicita la incapacidad de D. Mateo que es parcialmente incapaz en el ámbito personal y patrimonial. Diremos pues que estamos ante una persona con retraso mental leve. En este caso el tribunal falla con las siguientes alegaciones que son de especial interés “Declarar que D. Mateo es parcialmente discapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial. Su capacidad será complementada por un curador sin anular su autonomía personal. En la esfera personal requerirá la intervención del curador en el ámbito médico. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa, pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...)”²⁶. Aquí pues podemos ver es que “la curatela es una institución especialmente indicada para situaciones psíquicas o intelectuales concretas como el retraso mental leve o el problemático caso de la inteligencia límite” y que como podemos observar por mucho que estemos hablando de curatela y no de tutela esta no debe recaer solo en el ámbito personal, ya que lo que se busca como hemos remarcado muchas veces es el respeto hacia la voluntad, deseos y preferencias del incapaz y hay casos en los que también se requiere de su intervención en el ámbito patrimonial, como se desprende de esta STC “Se nombra curador a Doña Berta la cual deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.”²⁷ . Siguiendo con el análisis de la sentencia vemos como Doña Berta, intervendrá en todos los actos patrimoniales del incapacitado, pero no con plena discrecionalidad, sino que deberá informar periódicamente sobre los gastos de

²⁶ DE SALAS MURILLO, S “Repensar La Curatela”, en Dialnet, Derecho privado y Constitución [revista electrónica], núm 27,2013 págs 11-48 [consultado 2 de Marzo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4717128>

²⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 1532/2014 de 4 de noviembre de 2015 (RJ 600/2015).

este, es decir, se dedicará a completar la capacidad de este sin perjuicio de que le pueda siempre de forma justificada asignar una suma para sus gastos y necesidades.

Además, tal y como señala De Salas de Murillo también podemos encontrar otro ejemplo en la SAP Segovia (Sección 1.a) de 31 de julio de 2012 [JUR 2012/312367, en la que se establece “el retraso mental leve que presenta el recurrente exige sea complementado, integrado y asistido en el aspecto económico-patrimonial (que no sustituido) incluidas las expensas corrientes y cotidianas. Es así que necesitará supervisión y control para todo acto de administración y disposición sobre sus bienes y no sólo en relación con los actos a que se refiere el art. 271 CC como pedía en su recurso. La iniciativa del incapaz habrá de ser valorada, pero siempre controlada y encauzada por el órgano de guarda que se designe”²⁸

En este caso, el curador realizará todos los actos patrimoniales, pero queda excluido de la esfera personal de dicho incapacitado.

Por tanto, comparando estos dos casos podemos observar el eje principal en la que tendríamos que centrar la curatela, esto es “el traje a medida” para cada situación. Es decir, en estos casos parece evidente que la institución que se va a necesitar siempre es la curatela a diferencia del caso anteriormente mencionado que, aunque hablásemos de curatela parece evidente que por mucho que vaya a cambiar el régimen y por mucho que queramos la máxima autonomía del incapaz a veces es difícil y al final tenemos una “curatela reforzada” que de algún modo nos recuerda a la por poco tiempo vigente, tutela. Como he expuesto anteriormente la figura “ideal” es la curatela, no obstante en estos casos se ve de forma evidente que no siempre se pueden aplicar los mismos criterios a unos u otros porque cada persona tiene sus necesidades.

En el primer caso, el tribunal observa que la persona incapaz necesita a su curadora para regirse tanto en la esfera personal, como en la patrimonial siempre claro está, intentando respetar su autonomía al máximo posible, pero sin olvidarnos de que lo que se debe hacer es en todo caso, dar apoyo a la persona que precisa de esta institución y parece evidente que en este caso no tiene pleno discernimiento para regular estos ámbitos de su vida.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial, núm. 183/2012 de 31 de julio de 2012 (RJ 23//2012)

Y en el segundo caso, vemos que el tribunal ha considerado que para lo que necesita asistencia es para su vida personal, no para su vida patrimonial.

En consecuencia y por mucho que estemos hablando de la misma institución, queda de manifiesto que siempre cada persona tendrá unas necesidades diferentes y necesitará que se ajuste la curatela a esto y se debe encontrar el equilibrio entre respetar su autonomía y atender a sus necesidades, siempre complementando y nunca sustituyendo. Sin olvidar que siempre que sea preciso por la persona que necesita apoyo se podrá constituir la figura de la curatela representativa.

Asimismo, en los inicios de las enfermedades neurodegenerativas también se les administra a las personas que lo precisan una institución de asistencia y no representación, esto lo podemos ver en la Sentencia de la AP Castellón (Sección 2.a) de 16 de enero de 2012 [JUR 2012/170043]:” el demandado se encuentra habilitado para el cuidado ordinario y habitual de su persona o para realizar actos y operaciones simples en el ámbito de la administración y gobierno de su patrimonio». Pero necesita el control del curador «para todos los actos relacionados con su salud física y psíquica, y en cuanto a los actos patrimoniales, para todo aquello que exceda de lo que puede ser considerado como administración ordinaria y uso del dinero de bolsillo —para pagar sus gastos mensuales, de manutención y alimentación, vestido y abono de los gastos de la persona que les atiende, si bien entendido que el curador deberá controlar dicho gasto en términos generales—. Todo lo que exceda de la extracción y administración del dinero correspondiente a tales gastos, deberá ser controlado por el curador, al igual que deben asistirle en todos los actos de enajenación, gravamen y disposición de sus bienes y patrimonio, y además de ello, y como dicen los artículos 289 y 290 del CC que remiten a los artículos 271 y 272 del CC” ²⁹.

²⁹ DE SALAS MURILLO, S “Repensar La Curatela”, en Dialnet, Derecho privado y Constitución [revista electrónica], núm 27,2013 págs 11-48 [consultado 2 de Marzo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4717128>

VI. CONCLUSIONES:

Primera: El hecho del tardío incumplimiento de la ratificación que España realizó en 2007 ha sido objeto de muchas críticas hacia nuestro ordenamiento jurídico, ya que por mucho que en España a través de asentada jurisprudencia se hayan ido añadiendo sesgos de dicha Convención todavía no estaba asentada y recogida en nuestra legislación.

Segunda: Nuestro país con respecto a este tema ha sido muy paternalista y a estas les ha restado tanta igualdad como independencia. De forma que como hemos ido apuntando a lo largo del trabajo la incapacitación de una persona, solo se podía hacer a través de sentencia judicial, es decir, esta solo recaía en manos del juez restándole, afectando de forma directa a los derechos fundamentales de las personas sobre las que recaía la mencionada sentencia.

Tercera: La terminología no es adecuada. Así la nomenclatura y la forma de referirse a las personas con discapacidad también era muy arcaica y bastante despectiva. Es muy importante y más, después de la reciente reforma que se ha producido utilizar los términos de forma adecuada.

Cuarta: Desde mi punto de vista este cambio de nuestro ordenamiento jurídico ante el que estamos es muy significativo a la par que positivo, esto se debe a que el régimen que había hasta ahora era excesivamente rígido y restaba mucha autonomía a las personas con discapacidad, ya que lo que se hacia era imponerles en muchos casos una representación total, cuando lo que necesitaban era un complemento.

Quinta: Con la supresión de la tutela unido a muchas otras modificaciones se conseguirán varios objetivos que hemos ido señalado, concretamente y el más importante por el que aboca la convención: el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

Sexta: Eliminar la tutela, optando en todo caso por la figura de la curatela nos hace avanzar hacia un sistema donde lo que prima es la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad adaptando los apoyos que precisan a las necesidades de estas.

Séptima: Aunque parezca que, al eliminar la figura de la tutela, las personas con discapacidad más severa podrían quedar desprotegidos ante la mera asistencia de

curatela, aparece la figura de la curatela representativa siendo esta una curatela “más reforzada” en los casos que así sea necesario.

Octava: La figura de la autocuratela es una figura muy relevante, ya que es una manifestación de la autonomía de la persona que precisa apoyo, pudiendo elegir esta a su curador.

VII. BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS:

- DE PABLO CONTRERAS, P. et al “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar” en Derecho de la persona, Curso de derecho Civil (I), Volumen (II), 5^a edición, Madrid.
- DE SALAS MURILLO, S., “Repensar La Curatela”, en *Derecho privado y Constitución* [revista electrónica], núm 27, 2013 págs 11-48 [consultado 2 de Marzo de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4717128>
- DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO M^a V. (dir.), “*Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de las naciones unidas en materia de discapacidad*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. “La Autocuratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, en *Revista de Derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 25 Marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- MUNAR BENAT, P.A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad” en *Revista de derecho Civil* [Revista electrónica] vol V, núm 3 [consultado 20 de Marzo de 2021]. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- Informe de investigación de la ONU en relación con España sobre el artículo 24 de la Convención de las Personas con discapacidad. Compilación y resumen [consultado 14 de marzo de 2021] Disponible en: <https://www.fundacionunicap.org/informe-onu-inclusion/>

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), núm. 282/2009 de 29 de abril de 2009 (1259/2006).

-Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), núm. 52/2018 de 4 junio de 2018 (52/2018).

- Sentencia de la Audiencia Provincial, núm 183/2012 de 31 de julio de 2012 (RJ 23/2012).