



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN EN RELACIÓN
CON ENFERMEDADES DE TIPO CÍCLICO Y LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

*The process of incapacitation in relation to cyclical diseases and
the jurisprudence of the Supreme Court.*

Autor/es

INÉS SERRANO LABORDA

Director/es

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ

Facultad de Derecho

Año 2020

Resumen:

El procedimiento de incapacitación plantea una serie de problemas cuando el sujeto padece una enfermedad cíclica. Estos problemas se derivan de la intermitencia de los efectos de la enfermedad en la capacidad intelectual y volitiva de la persona. En busca de la mayor seguridad jurídica para estos sujetos, analizamos el régimen general del procedimiento y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Abstract

The incapacitation procedure poses problems when the subject suffers from a cyclical illness. These problems stem from the intermittent effects of the disease on the individual's intellectual and volitional capacity. In order to ensure greater legal certainty for these individuals, we analyse the general procedural regime and the jurisprudence of the Supreme Court.

ÍNDICE DEL TRABAJO

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introducción..... | 5 |
| II. | El proceso de incapacitación | 5 |
| | 1. Concepto..... | 5 |
| | 2. Presunción de capacidad..... | 6 |
| | 3. Causas. Art. 200 CC..... | 6 |
| | 4. Mecanismos de protección..... | 9 |
| | 4.1 Dos instituciones fundamentales..... | 9 |
| | 4.2 Limitación de la capacidad de obrar. Grados..... | 10 |
| | 4.3 Configuración e intensidad del mecanismo protector.... | 11 |
| | 5. La sentencia..... | 11 |
| | 6. Finalidad protectora..... | 12 |
| III. | Las enfermedades cíclicas..... | 15 |
| | 1. Definición..... | 15 |
| | 2. Problemática..... | 16 |
| | 3. Mecanismo de protección..... | 18 |
| | 4. Conclusiones particulares..... | 20 |
| IV. | La jurisprudencia en torno a la modificación judicial de la capacidad de las personas..... | 20 |
| | 1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el modelo de apoyos..... | 21 |
| | 2. El principio del superior interés de la persona..... | 23 |
| | 3. No hay pérdida de la titularidad de los derechos fundamentales | 24 |
| | 4. Vigencia de nuestro derecho privado..... | 26 |
| | 5. Los mecanismos de apoyo..... | 26 |
| | 5.1 Tutela y curatela con sistemas de apoyos acordes con la Convención..... | 26 |
| | 5.2 La tutela es la forma de apoyo más intensa y la curatela es un apoyo de intensidad menor..... | 27 |
| | 5.3 La curatela como mecanismo de asistencia..... | 28 |
| | 5.4 Admisión de la curatela con funciones de representación..... | 30 |
| | 5.5 En muchos casos, la tutela resulta excesiva..... | 30 |

| | | |
|-----|--|----|
| 5.6 | Independencia de la denominación, lo que importa es la delimitación..... | 31 |
| 6. | Traje a medida y la gradación de la modificación..... | 32 |
| 7. | Garantías establecidas por la ley..... | 33 |
| V. | El caso de las enfermedades cíclicas..... | 35 |
| VI. | Conclusión..... | 37 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

- **CC:** Código Civil.
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial.
- **LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil.
- **TS:** Tribunal Supremo.
- **CDPD:** Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- **LJV:** Ley de Jurisdicción Voluntaria.

I. INTRODUCCIÓN.

La modificación de la capacidad va ser el principal objeto de estudio en este trabajo. En un primer momento se van a definir las características propias de este procedimiento. A continuación, se plantea la posibilidad de modificar la capacidad de un sujeto que padece una enfermedad que tiene fases diferenciadas.

Como siguiente cuestión a abordar será el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la incapacitación, para ponerlo en relación con los padecimientos cíclicos.

El motivo de elección del tema tiene mucho que ver con experiencias personales, al haber estado muy unida a una persona que padecía una enfermedad del tipo cíclico. Se me planteaban muchas cuestiones entorno a cómo podríamos abordar la problemática y pensé que sería un posible objeto de estudio para mi trabajo.

Desde el momento que se concretó el tema del trabajo comencé la búsqueda de material en el que se trataran este tipo de patologías. Mi sorpresa fue que encontré poco material que hiciera referencia a estas. Buscaba jurisprudencia y eran escasas las sentencias, más actuales, las que trataban esta cuestión.

En la lectura de más jurisprudencia fui observando que se recurría mucho al mecanismo de la tutela y era el Tribunal Supremo quien terminaba por someter a los presuntos incapaces a curatela. A la vista de esto, creí que sería importante señalar los criterios que utiliza el tribunal supremo para buscar una menor intromisión en la capacidad de las personas, otorgándoles el margen de autonomía que se adecue a su capacidad intelectual y volitiva. Una vez recopilados estos criterios, se elaboran unas conclusiones generales, así como unas conclusiones particulares en relación a estas especiales patologías.

II. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN.

1. CONCEPTO.

En nuestro ordenamiento jurídico se conoce como **incapacitación** a la situación de la persona, en la cual el juez evalúa formalmente la capacidad de entender y de querer de una persona para que, en caso de ser necesario, se proceda al nombramiento (establecimiento) de un régimen de protección personal y/o patrimonial, acompañado de

una limitación de su capacidad de obrar que habrá de ser proporcional a la limitación real de su capacidad de entender y de querer¹.

Quiero hacer referencia a que existen voces que consideran que el uso de los términos “incapacitado” e “incapacitación” tienen tintes peyorativos². Esta es una cuestión controvertida, no obstante, dado que es la terminología empleada por nuestro Código Civil, cabe seguir utilizando estos términos. Sin embargo, no quiero pasar por alto que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria se aparta del término «incapacitado» e «incapacitación» haciendo referencia a este proceso como «procedimiento de modificación judicial de la capacidad de la persona». Para que una persona física pueda ser declarada incapaz ha de hacerse mediante sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 Código Civil, en adelante “CC”).

2. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD.

En el curso del procedimiento de incapacitación lo que se pretende es desactivar la presunción de capacidad recogida en el art. 322 CC³ que se aplica a todo mayor de edad, y que desaparece cuando se prueba que concurre en el sujeto una enfermedad de carácter persistente, y por la cual no se halla en situación de regir su persona o administrar sus bienes [Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 19 mayo 1998; 26 julio 1999; 20 noviembre 2002; 14 julio 2004; 553/2015 de 14 de octubre].

3. CAUSAS. ART. 200 CC.

Las **causas de incapacitación** vienen establecidas en el art. 200 del CC. Este precepto dice que son causas de incapacitación **las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico** que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Este precepto ha sido definido como flexible por la doctrina. Hay voces que afirman que el art. 200 CC contiene una causa real de incapacitación cuya «formulación

¹ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 190.

² MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica... cit.*, p. 87.

³ Artículo 322 CC. «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.»

legal es suficientemente amplia cómo para dar cabida a todas las situaciones y lo suficientemente estricta para garantizar los derechos de las personas»⁴.

Cualquier supuesto podría entrar bajo el paraguas protector de la incapacitación, aunque la mera existencia de una enfermedad o defecto físico o psíquico no sería causa suficiente para incapacitar, sino que habrá que atender a los efectos que provoca en el autogobierno de la persona y sus consecuencias en el desarrollo de la vida ordinaria (STS 552/2017 de 11 de octubre⁵). Por tanto, las enfermedades o defectos físicos o psíquicos no actuarían por sí solos como causa de incapacitación⁶.

La jurisprudencia entiende como «enfermedad o **deficiencia**» permanente, aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial (*sic*) y a veces progresivo y que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes (STS 31 de diciembre de 1991). La SAP La Coruña 58/2019, de 20 de febrero, sintetizando, destaca que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia futuro.

En palabras de Martínez de Aguirre «la doctrina es unánime en considerar que lo que se exige en el art. 200 CC, al hablar de “**enfermedad persistente**” es que se trate de una situación que tienda a prolongarse en el tiempo, durante un periodo con entidad suficiente para justificar la adopción de medidas tan graves como son la incapacitación de una persona, y su sometimiento a una institución de guarda», por lo cual, se excluyen situaciones transitorias de trastorno mental, o de pérdida de capacidad de autogobierno de forma transitoria (borrachera, situaciones posoperatorias...), porque la transitoriedad de las situaciones no se encuadra dentro de la permanencia que exige el precepto.⁷ Sin

⁴ M^a.C. GETE-ALONSO, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad» en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, M^a del Carmen García Garnica (aut), Aranzadi, 2011 p.56.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), núm. 552/2017 de 11 de octubre de 2017

⁶ M^a.C. GETE-ALONSO, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad» en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, M^a del Carmen García Garnica (aut), Aranzadi, 2011, p.57.

⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias, *ADC* 1987, pág.. 717.

embargo, lo que no se exige para apreciar la persistencia, es que sea una situación crónica o permanente (art. 761.1 LEC⁸).

Es clave que exista la enfermedad mental o deficiencia física o psíquica permanente, pero lo más significativo es **que esa anomalía impida el autogobierno de la persona**. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 421/2013 de 24 de junio : «Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala," (...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, **que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma**»⁹.

A este respecto, la STS 282/2009 de 29 de abril afirma que es importante **la valoración que el Juez haga** de los informes o dictámenes periciales, ya que la persona puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante, pero mediante tratamiento excluye la sintomatología externa, y puede comportarse con normalidad. No existirá, por tanto, causa de incapacitación porque los avances en el terreno de la psiquiatría pueden lograr un comportamiento normal en personas que en otro momento hubieran requerido de un largo internamiento en establecimientos psiquiátricos. De esto se deduce que no es suficiente el carácter persistente de la enfermedad para incapacitar sino que también, consecuencia de la misma, el sujeto no pueda gobernarse.

Es importante tener presente algo que ya se dijo en Sentencia el 10 de febrero de 1986: **el juzgado no está vinculado por los criterios médicos**, «pues la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto establece (el art. 200 CC) de que exista en una persona una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma». Se deduce que: para el ámbito de la psiquiatría un sujeto puede padecer una enfermedad o deficiencia pero que su capacidad de entender y de querer no se vea alterada. Esto, a efectos civiles, no sería causa de incapacitación dado

⁸ Art. 761 LEC. «1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.»

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 461/1998 de 19 de mayo de 1998; núm. 1082/2202 de 20 de Noviembre.

que no se cumpliría el requisito ineludible de que se vea afectado el autogobierno de la persona.

Es determinante el papel que juega la exploración judicial para decidir si la persona puede gobernarse o no (art. 759.1º LEC), ya que es el juez el que debe ponderar las circunstancias y construir su opinión.

Vemos que la modificación de la capacidad «se constituye como un **sistema graduable, revisable y, en cierta medida, abierto**»¹⁰. De su propia regulación se deduce que la incapacitación no puede ser uniforme, ni puede consistir en despojar al sujeto de toda su capacidad de obrar. No puede tampoco entenderse como una institución de perfil único al fundamentarse en el déficit de autogobierno, que es el propio de cada sujeto.¹¹

4. MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

4.1 **Dos instituciones fundamentales.**

Nuestras normas de derecho privado establecen, fundamentalmente, dos **instituciones de guarda**: la tutela, como mecanismo de sustitución de la capacidad, y la curatela, como mecanismo de complemento de capacidad. El contenido de la tutela, incluye facultades de representación del incapacitado (art. 267 CC.), mientras que por medio de la curatela, el sujeto es asistido para los actos que expresamente determine la sentencia o, a falta de esta determinación, para aquellos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 289 y 290 CC).

En función de su propia capacidad natural estarán sujetos a uno u otro régimen. Si quedan sujetos al régimen de complemento de capacidad, son ellos quienes contratan, con la asistencia del curador; sin embargo, si están sujetos al régimen de sustitución, es el tercero quien toma la decisión y, finalmente, contrata en nombre del incapacitado. Esto es lo que genera rechazo a los sistemas de sustitución de capacidad, al ir en contra de la promoción de la autonomía de la persona.¹²

¹⁰ ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., « El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, 2010. p. 29.

¹¹ ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones...» *cit.*, p. 30

¹² MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica... cit.*, p. 43.

Frente a la tutela se plantea la opción de la curatela, regulada, a diferencia de la primera, en pocos preceptos de nuestro código, cuestión que atestigua el carácter residual de la curatela.¹³

La sentencia que declare la incapacitación debe determinar la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda al que habrá de quedar sujeto el incapacitado (art. 760.1 LEC¹⁴). Estos extremos que han de quedar fijados en la sentencia deberán adecuarse a la situación real de incapacidad del sujeto.

Se exige proporcionalidad en el momento de fijar el contenido del régimen. Debe haber correspondencia entre la capacidad de entender y de querer del sujeto, y la intervención legal a su libre capacidad de actuación¹⁵.

La finalidad de ambas instituciones es la **protección** de la persona, los bienes o la persona y los bienes de este, y siempre deberán ejercerse en su beneficio (art. 215 y 216 CC).

Nuestro régimen jurídico propone estas dos posibilidades que, en principio, no se mezclan, sin embargo, sí puede el juez definir muy ampliamente el estatuto de cada figura atendiendo a cada sujeto en particular.

4.2 Limitación de la capacidad de obrar. Grados.

La limitación de la capacidad de autogobierno podemos distinguirla por ser una limitación **total o parcial**. Para nuestra jurisprudencia, la existencia de cierta limitación constituye algo más que un requisito, pues se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación, dado que si no existe limitación de la capacidad de autogobierno, al menos parcial, no se cumple el requisito para incapacitar [STS 552/2017 de 11 de octubre].

Ha sido el Tribunal Supremo quien se ha encargado de definir los **límites entre un grado de discapacidad y el otro**:

¹³ ALVAREZ LATA. N y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones...»*cit.*, pg. 30

¹⁴ Artículo 760.1 LEC. «La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.»

¹⁵ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: ... cit.*, p. 49.

«La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales [...]»¹⁶, si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela [...]»¹⁷, en el entendimiento [...]»¹⁸ que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.»

Sobre las funciones asistenciales en la esfera personal del curador nos detendremos más adelante.

Entendemos, por tanto, que la incapacitación total se asocia al mecanismo tutelar, que entraría en juego en supuestos de nula autonomía del sujeto, mientras que la incapacitación parcial, que englobaría supuestos en los que tiene afectada parte de su autogobierno, al curatelar.

4.3 Configuración e intensidad del mecanismo protector.

El mecanismo protector a elegir será aquel que permita que el sujeto tome todas aquellas decisiones que le incumben, y la **configuración e intensidad** de dicho mecanismo tiene que ser suficiente para **compensar la ausencia o limitación de la capacidad** de obrar. Esta figura completará legalmente lo que falta a la capacidad natural del asistido¹⁹.

5. LA SENTENCIA.

Como decíamos, para ser declarado incapaz hace falta sentencia judicial (art. 199 CC). Este pronunciamiento deberá determinar la extensión y los límites de la modificación de capacidad, así como el régimen de tutela o guarda a que vaya a quedar

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 341/2014 de 1 de julio.

¹⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 544/2014 de 20 octubre 2014; núm., 244/2015 de 13 de mayo.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 650/2014 de 27 noviembre.

¹⁹ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, p. 95.

sometido el incapacitado y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (art. 760.1 LEC).

Otra característica fundamental de este procedimiento es el **carácter revisable** de las sentencias ya que, a diferencia de otros procesos civiles, estos pronunciamientos no producen efecto de cosa juzgada (art. 761 CC²⁰). Esto se dará cuando, sobrevenidas nuevas circunstancias, se pone en marcha el procedimiento de modificación de la capacidad para dejar sin efecto la sentencia anterior, y se produciría la de reintegración de la capacidad, o para la modificación del alcance de la incapacitación.

6. FINALIDAD PROTECTORA.

El sistema, que se organiza en torno a la capacidad natural de autogobierno, cumple con una **finalidad protectora** para quien carece de ella. Esta finalidad protectora es plausible por el requerimiento de esa resolución judicial limitativa, cuya intensidad puede variar, y en el sometimiento a un régimen de guarda revisable de contenido flexible²¹.

Por este motivo, no puede entenderse la incapacitación como una “**sanción judicial**”, sino, todo lo contrario, debemos entenderla como un **instrumento de protección del individuo**, por ser especialmente vulnerable, por la falta o la nula capacidad de autogobierno consecuencia de su discapacidad psíquica. No atribuir un mecanismo de asistencia o representación, en supuestos muy extraordinarios, supondría un perjuicio para ellos porque podrían no ser capaces de tomar las decisiones más beneficiosas para ellos, o que las decisiones tomadas fueran perjudiciales.²²

Nuestro ordenamiento proporciona esa protección por medio de una **doble vía**, dos caras de una misma moneda dirigidas a ofrecer un **sistema completo de protección**. En una de las caras de la moneda se encuentra la **limitación legal de la capacidad de obrar** de la persona con discapacidad psíquica, de contenido negativo y, en la otra cara,

²⁰ Art. 761.1 LEC. «1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.»

²¹ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico...I*, p. 18

²² MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...I*, p. 83.

la sujeción a un **régimen de guarda** que incluye mecanismos de representación o de complemento de capacidad, de contenido positivo.²³

Además, en el sentido de afirmar la finalidad protectora del procedimiento, la STS 124/2018, de 7 de marzo, afirma que:

«El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el **cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección** de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica».

En estos procesos hay que apartarse de los intereses privados entre las partes para hacer especial énfasis en la protección del presunto incapaz. Es el juez el encargado de velar por el interés del incapaz impidiendo la injerencia de intereses particulares de sujetos que no sea aquel al que se quiere proteger.

El Tribunal Supremo, en relación a la interpretación de los arts. 200 CC y el 760.1 LEC, dice que tanto el art. 200 como el art. 760 LEC deben ser interpretados bajo la consideración de que el sujeto **«sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección**, en la medida en que lo precise» (Sentencias 282/2009, de 29 de abril; 341/2014 de 1 de julio; STS 124/2018 de 7 de marzo).

Es, por tanto, erróneo considerar que el incapaz deja de ser titular de sus derechos fundamentales, pudiendo quedar limitados pero siempre estableciendo un mecanismo que se preste a que pueda ejercerlos de forma efectiva. Con la modificación de la capacidad se busca su protección, la adecuación de la respuesta jurídica a su capacidad real, que será determinada atendiendo a la real incidencia que la limitación supone en su autogobierno. Esta misma sentencia confirma que la adaptación de la concreta necesidad de protección se hará por medio de la graduación de la incapacidad.

La doctrina cuando hace referencia a la «graduación de la incapacidad», está hablando de la elaboración de un **traje a medida** del presunto incapaz que debe ser confeccionado tomando las medidas de forma precisa. Esta precisión en el desarrollo se

²³ MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...I*, p. 94

encamina a conseguir esa protección. La teoría del traje a medida será desarrollada posteriormente.

Atendiendo, en particular, a la discapacidad psíquica dice Martínez de Aguirre que «la adecuación de la capacidad legal de obrar a la capacidad natural de conocer y querer no puede hacerse mediante categorías generales (como el recurso a la edad en relación con los menores), sino mediante la comprobación personalizada de esa capacidad natural, en el marco de un procedimiento individualizado»²⁴. Esto es lo que más se compadece con la existencia de muy diversas deficiencias psíquicas y, sobre todo, por la variabilidad de la intensidad en la afección a la capacidad de entender y de querer²⁵.

El problema está, más bien, no en el sistema legal en sí, sino en su aplicación práctica, pues es habitual denunciar el recurso judicial a fórmulas rígidas y estereotipadas, que provocan un uso excesivo de la incapacitación total y de la tutela, a pesar de disponer en nuestro derecho de un mecanismo de asistencia²⁶. Es el fundamento proteccionista de nuestro sistema el que provoca «la irradiación de los ámbitos de incapacidad a los de capacidad, precisamente por esta concepción protectora: si se trata sólo de proteger, cuanta más protección, mejor²⁷».

No obstante, también es cierto que hay una creciente preocupación de los tribunales por especificar en cada caso el alcance de las restricciones a la capacidad de obrar que se establece, pero hasta que no cesen de forma generalizada estas prácticas, veremos como el sistema, tal y como lo diseña la ley, y la práctica, se alejan. Este alejamiento se produce por el carácter flexible de las previsiones y mecanismos del sistema, y la aplicación práctica, rígida y estandarizada por nuestros tribunales. Esto llevó a pedir que no se escatimaran esfuerzos para que los aplicadores hagan realidad las previsiones que permiten nuestras leyes²⁸.

Atendiendo a la jurisprudencia, empecé a observar que en diversos procedimientos de incapacitación donde los sujetos mantenían un margen de autonomía, más o menos amplio, las primeras instancias optaban por someter a estos sujetos a tutela,

²⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...*, cit. p. 60.

²⁵ MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...*, cit., p. 36.

²⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...*, cit. p. 24.

²⁷ ALVAREZ LATA, N., y SEAONE, J.A. «El proceso de toma de decisiones...». p. 29

²⁸ MAYOR DEL HOYO, M^a.V., «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones unidas», en S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas* (Madrid, Dykinson, 2013), p. 194.

viniendo al final a ser sometidos a curatela por el Tribunal Supremo. Aquí se deja ver esa automaticidad en la de la tutela en estos tipos de procedimientos porque el juicio de capacidad, o no se realizaba correctamente o se había convertido en la regla general con la pretensión de dar una «mayor protección». Después era el TS el que se encargaba de adecuar los medios de apoyo de estas personas.

Ya dadas unas breves notas sobre el régimen regulador del procedimiento de modificación de la capacidad, lo que planteo en estas líneas es si cabe o no la incapacitación judicial de un sujeto que, por lo general, tiene plena capacidad de entender y de querer, sin embargo, debido a una patología puede sufrir episodios de descompensación y ver reducido su autogobierno durante un periodo de tiempo. En adelante, para referirme a estas patologías haré referencia a las mismas como “enfermedades cíclicas”.

Conviene señalar que vamos a tratar las deficiencias psíquicas, no físicas.

III. LAS ENFERMEDADES CICLICAS

1. DEFINICIÓN.

Desde un punto de vista más jurídico que médico, entiendo por enfermedad cíclica como aquella enfermedad o deficiencia psíquica que se caracteriza por alternar periodos de lucidez, en los cuales el sujeto es plenamente capaz, con periodos críticos, en los que el sujeto tiene afectada la capacidad para gobernarse a sí mismo. Es decir, estos sujetos, ven su autogobierno alterado en ciertos momentos debido a patologías cuya sintomatología no es constante, es decir, la capacidad de entender y de querer del sujeto se ve alterada de forma esporádica, a causa de una enfermedad psíquica, pero siendo plenamente capaz el tiempo que resta.

No son situaciones muy habituales por lo cual la referencia a estas son pocas. Sí que se hace mención a estas en algunos artículos o libros pero ninguno se centra en profundidad en ellas. En Álvarez Lata y Seoane²⁹ se hace referencia a ellas cuando señala los casos más frecuentes en los que se somete a los sujetos la curatela: «b) ciertas enfermedades mentales, y en especial las de carácter cíclico». También hace referencia a

²⁹ ALVAREZ LATA, N. y Seoane, J.A. «El proceso de toma de decisiones... » cit, pg. 31.

estas Martínez de Aguirre³⁰: «**el carácter cíclico** (pero igualmente persistente) de algunas discapacidades». Este mismo autor elaboró un comentario a la STS de 10 de febrero de 1986, en el que, con un criterio excepcional, dio unas pautas para entender en qué consisten estas patologías y cuál sería el mejor tratamiento jurídico de estas.³¹

Antes de la modificación de 1983 había una enumeración de los sujetos a tutela, que hacía una referencia a la existencia de este tipo de patologías: «Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos»³².

2. PROBLEMÁTICA.

Atendiendo a esto el problema que surge es saber si este tipo de patologías podrían ser causa de incapacitación; si podrían entrar dentro de los supuestos del art. 200 CC, ya que los efectos de la enfermedad son alternos.

Por lo cual, la primera pregunta a la que vamos a dar respuesta es si la **alternancia periódica entre los periodos lúcidos y críticos puede afectar a la consideración de la enfermedad como persistente; y la segunda, si la enfermedad que padece la impide, y en qué medida, gobernarse por sí misma.**

Tal y como hemos señalado antes, entendíamos como «permanente» aquella enfermedad o deficiencia constante, entendida como permanencia hacia futuro. Hace algún tiempo se dijo que «Al caracterizarse este tipo de patologías por la aparición de forma intermitente de los síntomas y consecuencias, nos inclina a pensar que el sujeto no solo será enfermo mientras se producen los periodos críticos, sino también durante la fase lucida de la enfermedad».³³ Independientemente de la duración de las consecuencias de la enfermedad, que vendrían a ser las fases cíclicas, el sujeto va a ser enfermo todo el tiempo. Esta consideración es la que permitirá, siempre que se dé el segundo requisito, que es la afectación del autogobierno, incapacitar al sujeto.

³⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico...*, cit., p. 60.

³¹ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “En torno a la enfermedad mental fásica...” cit. .

³² ENDARA ROSALES, J. «"Ser persona con todas las de la ley" aproximación sociocultural al proceso de incapacitación judicial de personas diagnosticadas con discapacidad intelectual» en *Antropologías en transformación*, Vicente Rabanaque (coord.) et al., Universidad de Valencia, Valencia, 2017. p. 456.

³³ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “En torno a la enfermedad mental fásica...” cit. P.717.

Afirma la STS. de 10 de febrero de 1986, que el art. 200 CC, está teniendo en cuenta la existencia de una enfermedad o deficiencia persistente, que impide a la persona gobernarse por sí misma, y la fase temporal en la que esto se produzca³⁴.

Esto tiene su sentido si entendemos que existen enfermedades físicas que no tienen consecuencias durante todo el tiempo, sino que hay periodos en los que el sujeto no tiene sintomatología externa. A estos sujetos se les considera enfermos durante todo el tiempo, aunque solo requieran del suministro de fármacos en momentos puntuales. Sería un ejemplo de esto, una persona asmática o con alergias.

Sobre esto ya se pronunció el Tribunal supremo en Sentencia el 1 de febrero de 1986, que no consideró obstáculo para la aplicación del art. 200 CC el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases cíclicas o críticas se produjesen.

Más recientemente, la STS 383/2018, de 21 de junio, cita la doctrina sentada por la Sala en 1986, y señala «que el precepto considera únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, teniendo que tenerse en cuenta esta circunstancia al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda al que quedará sometido».

Esto confirma, por tanto, la importancia de que la persona vea impedido su autogobierno, en cualquier momento, sin tener en cuenta la fase temporal. Además, la característica particular de estas patologías tendrá que tenerse en cuenta para establecer los extremos de la incapacitación y el mecanismo de guarda.

Añade la STS 383/2018, de 21 de junio, que «lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas.». Dada la imprevisibilidad de los momentos en los que el sujeto va a ver afectado su autogobierno, no es concebible la pretensión de incapacitarle en cada fase cíclica.

Como ya hemos ido adelantando, lo que verdaderamente sobresale es que la enfermedad impida el autogobierno. Haciendo referencia a estas enfermedades cíclicas, la SAP Coruña 58/2019 de 20 de febrero de 2019, que cita la doctrina sentada por el tribunal supremo, señala que la enfermedad de carácter físico o psíquico puede integrarse,

³⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “En torno a la enfermedad mental física...” *cit.* P.718.

tanto en una patología con intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, como en patologías en las que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en los que se agudice mucho la dolencia o patología. Seguidamente afirma que lo que sobresale en realidad es que ésta impida gobernarse por sí misma a la persona.

En conclusión, que el sujeto padezca una enfermedad permanente con oscilación de sus efectos no obsta para su incapacitación, siempre que la capacidad de entender y de querer del sujeto sufra alteraciones al tener lugar los episodios críticos de la patología.

3. MECANISMO DE PROTECCIÓN.

Dadas las particulares circunstancias de este tipo de patologías, la respuesta que ha de darse debe adaptarse a estas.

El mecanismo de protección que consideró el Tribunal supremo que más se adecuaba a los sujetos que padecían estas patologías, en su citada sentencia de 1986, fue la institución curatelar «porque las características de las causas determinantes de la incapacitación de la referida doña Claudia, con sus fases cíclicas o intercíclicas, evidentemente llevan a que no sea la guarda adecuada la que emana de la tutela, sino de la protutela que autoriza el artículo 287 del Código Civil , en atención al grado de discernimiento al revelarse que la falta de éste surge solamente en las fases cíclicas o críticas de la tan aludida enfermedad»³⁵. El tribunal acordó la declaración de doña Claudia «en la extensión y límites que acoge reducido a los períodos en que la enfermedad que padece alcance fases cíclicas o críticas precisamente con base en pruebas concluyentes y directas emanantes de apreciaciones médicas». Esto nos lleva a considerar que si, a lo largo del procedimiento, puede probarse que el presunto incapaz, cuando tiene lugar en él la fase cíclica o crítica, se ve impedido para el gobierno de su persona, no hay obstáculo para proceder a su incapacitación, siempre ajustándose a las circunstancias propias del caso.

Estas circunstancias propias vendrían caracterizadas por la intervención del mecanismo de protección, única y exclusivamente, en los periodos cíclicos, mientras que en los intercíclicos la persona tiene pleno gobierno: «que es lo efectuado por el Tribunal «a quo» al contraer la situación de incapacitación estrictamente limitada, en cuanto a la

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986.

persona, a la fase activa de la mencionada enfermedad, es decir para el caso de darse en ella fase cíclica o crítica».

Tal y como hemos dicho anteriormente, la finalidad primordial de la incapacitación es la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma³⁶. No obstante, esa protección no debe exceder de la que exigen las circunstancias de cada caso: «La aplicación de estos mecanismos debe caracterizarse por su adaptación a las peculiaridades de la persona concreta y de la discapacidad que padece»³⁷.

Habrà de hacerse un análisis preciso de la capacidad del sujeto en las fases cíclicas, identificando el grado de afección que tiene en su autogobierno para así poder determinar el mecanismo, y el contenido de éste, que más se ajusta a la situación real.

Siendo lo más relevante que la limitación de la capacidad de autogobierno sea parcial o total, la STS 552/2017 de 11 de octubre de 2017 declaraba una modificación parcial de esa capacidad y estableció un sistema de apoyo y protección que, a través del instituto de la curatela y en beneficio de la persona del discapacitado, **permitirá supervisar sus decisiones en los momentos y situaciones en las que, precisamente, se aprecia que tales decisiones, si las toma por sí, no redundan en su beneficio, sino todo lo contrario.**

Observamos que todo el régimen gira en torno a la protección del individuo; posibilitando que pueda tomar decisiones que le beneficien impidiendo que lleve a cabo acciones que le perjudiquen.

En la medida de lo posible, habría que inclinarse por una curatela, dejando el mecanismo tutelar para aquellas situaciones excepcionales en las que no sería suficiente un apoyo en la toma de decisiones para el desarrollo general de la vida del sujeto a través de la curatela. Esto porque el curador no supe la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, viniendo a cumplir una función de asistencia y protección, a la vez que presta su apoyo e intervención, para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia [STS 995/1991, de 31 de diciembre; SAP Bilbao 2040/2019 de 28 de junio de 2019³⁸].

³⁶ ALVAREZ LATA, N., y SEAONE, J.A. «El proceso de toma de decisiones...». p. 29

³⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE.C., *El tratamiento jurídico...I*,

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Bilbao, Sección 4ª), núm. 308/2019 de 28 de junio de 2019.

4. CONCLUSIONES PARTICULARES.

Atendiendo a la jurisprudencia, lo controvertido, no era que la enfermedad tuviera que ser persistente, pues parece que eso ya había quedado claro, sino que las medidas que se acordaban pecaban de ser excesivas atendiendo a la capacidad de los sujetos³⁹.

Este tipo de patologías añaden al supuesto un grado mayor de dificultad dado que es complicado establecer un patrón de comportamiento de la enfermedad, haciendo que sea más complejo establecer el cuándo entrará a funcionar el mecanismo. Visto esto vamos a proceder a sintetizar los criterios que el Tribunal Supremo ha ido implementando con la intención de dar a los sujetos la protección en los límites y extensión que se ajusten a su capacidad. A continuación, los pondremos en relación con los tipos de patologías de las que venimos hablando: las enfermedades cíclicas.

IV. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

A pesar de disponer nuestro ordenamiento jurídico de institución de sustitución y de complemento, en su aplicación práctica hay un recurso excesivo a la incapacitación total y a la tutela, como respuesta judicial más habitual frente a las situaciones de discapacidad psíquica⁴⁰.

Como antes se adelantaba, son numerosas las resoluciones judiciales de primeras y segundas instancias que son modificadas por el Alto Tribunal, en el sentido de otorgar al sujeto un margen de autonomía menos restrictivo y someterle a un mecanismo de apoyo, en lugar del mecanismo de sustitución.

El tribunal, a lo largo de su jurisprudencia, atiende diversas cuestiones que surgen entorno a esta incapacitación, y que vamos a recoger en las siguientes líneas. Quiere recogerse aquí los extremos sobre los que el tribunal se funda para justificar la fijación de una u otra medida de protección.

³⁹ CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», en *REDUR*, n. 10, diciembre 2012, págs. 61-94.

⁴⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., «*El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica:...*»

Los puntos clave son los siguientes:

1. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL MODELO DE APOYOS.

En primer lugar, no podemos dejar de hacer referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008. Es un instrumento internacional destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Tras la aprobación de esta surgen voces que ponen en entredicho la adecuación del ordenamiento jurídico español a los postulados de la convención. El Tribunal, ya en la importante sentencia 282/2009, de 29 de abril, señaló la conformidad de nuestro derecho con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En diversas resoluciones el tribunal señala que la CDPD **opta por un modelo de «apoyos»** para impulsar la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3 CDPD) [STS 298/2017, de 16 de mayo].

De lo que se trata es de **«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad** de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y **promover el respeto de su dignidad** inherente». Son los Estados los que deben asegurarse de que se proporcionen las salvaguardias adecuadas para evitar abusos (art.1.1 CDPD⁴¹). Por medio de estas salvaguardias debe cerciorarse de que las medidas proporcionadas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que haya proporcionalidad y se adapten a la necesidad real del sujeto (art. 12.4 CDPD⁴²).

⁴¹ Art. 1 CDPD. «El propósito de la presente 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, y promover el respeto de su dignidad inherente.»

⁴² Art. 12.4 CDPD «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 ».

Estos son, brevemente, los postulados que deben tenerse en cuenta, y respetarse en los procedimientos de modificación de capacidad.

Por otro lado, la STS 373/2016 de 3 de junio trae a colación lo dicho por la sala en sentencia el 27 de noviembre de 2014 para señalar **que la Convención no enumera ni acota los apoyos que complementarían la capacidad jurídica** de la persona, pero apunta «que podrán tomarse **en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales**», tratando de normalizar sus vidas, evitando una vulneración sistemática de sus derechos y que puedan participar de forma efectiva en la sociedad.

La STS 373/2016 de 3 de junio recoge lo dicho por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º periodo de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014). Se dice en esta que el Comité reconoce que el sistema de apoyo al que alude la convención sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones que los demás.

Lo dispuesto en nuestras normas internas, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar, debemos interpretarlo desde la perspectiva de la Convención. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben **fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona**, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias [STS 298/2017 de 16 de mayo; STS 530/2017 de 27 de septiembre de 2017].

Poniendo esto en relación con las enfermedades de tipo cíclico, estas concretas y particulares circunstancias vienen determinadas por el carácter permanente de la enfermedad pero no de sus efectos. Por este motivo, el régimen que habrá de establecerse, atendiendo a esta particularidad, solo entraría en funcionamiento en las fases cíclicas de la enfermedad en las que el sujeto ve afectado su autogobierno. El establecimiento de un mecanismo permanente, aun cuando su capacidad de autogobierno no está afectado, no sería «lo adecuado y necesario» para el ejercicio de sus derechos.

La STS 282/2009 de 29 de abril fue una importantísima sentencia que marcó un antes y un después en esta cuestión. En el desarrollo del procedimiento el Ministerio Fiscal, mediante escrito, dijo que la Convención adoptaba el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, que estuvo presente en

la realidad jurídica (y, en mi opinión, lo sigue estando en algunas ocasiones). Álvarez Lata y Seoane señalan que el modelo médico o rehabilitador «centra sus respuestas en el individuo y sus limitaciones, sin apenas atender a los efectos y las relaciones entre el entorno social y la realidad biológica.» Por este motivo afirman que surge el modelo social para corregir esta laguna. A través de este modelo lo que se pretende es que se eliminen las barreras que excluyen o marginan a estas personas con capacidad, permitiendo su participación e integración.⁴³

Además, si se configurara la incapacitación con base en el modelo médico, esto podría suponer que se limitara excesiva, o absolutamente, la capacidad de obrar, impidiendo a estas personas realizar actos personales o patrimoniales, o imponiéndoles la obligación de tomar decisiones por medio de sustitución.

En esta línea, se ha defendido que la CDPD se posiciona en favor de un sistema basado en apoyos en la toma de decisiones por la persona con discapacidad, en lugar de un sistema de sustitución de su voluntad por la de un tercero que actúe en su nombre, lo que no excluye la posibilidad de que, en los casos más extremos y con carácter excepcional, el recurso idóneo sea el de sustitución⁴⁴. Suscribo la opinión de esta autora porque pienso que, en ocasiones, incurrimos en exceso limitando al sujeto su actuación en determinados actos considerando que una mayor protección será lo mejor para este. Considero necesario que primero se plantee la sujeción a un medio de apoyo de menor intensidad y, cuando se crea que no es el mecanismo protector más idóneo, se le sujete a un mecanismo de sustitución, como medio de apoyo más intenso, exclusivamente para aquellos actos en los que la mera asistencia del sujeto no sería suficiente.

2. EL PRINCIPIO DEL SUPERIOR INTERÉS DE LA PERSONA.

El Tribunal Supremo hace alusión a este principio en lo referente a la designación de la persona que desempeñará el cargo. Este interés supone un **esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar** en el que se desenvuelve y su **protección como persona especialmente vulnerable** en el ejercicio de los derechos

⁴³ ALVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. «El proceso de toma de decisiones de la persona...». *cit.* p. 15.

⁴⁴ CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», en *REDUR*, n. 10, diciembre 2012, págs. 61-94.

fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. [STS. 458/2018 de 18 de julio; 403/2018 de 27 de junio]

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia señala que el juez o tribunal deberá seguir el orden legal de llamamientos establecido en el ordenamiento jurídico, aunque podrá apartarse este, por alterar el orden o por prescindir de todos los sujetos allí mencionados, atendiendo siempre al interés del incapaz que es el necesitado de protección, y no en el interés de los llamados a ejercerla [STS 698/2014 de 1 de julio; 373/2016 de 3 de junio].

De este modo, el tutor, y también el curador, han de guiarse por el mayor interés del tutelado que «ha de prevalecer sobre otros intereses en juego y, por supuesto, sobre el interés del guardador⁴⁵». La determinación de la persona que atenderá al sujeto con capacidad modificada es tan importante, casi tanto como la determinación de la extensión del mecanismo. El juez debe convencerse de que el sujeto al que pone a cargo de la persona incapacitada, va a desempeñar el cargo atendiendo siempre a lo más beneficioso para esta.

El Código Civil, en sus artículos 234 CC y 291 CC (remitiéndonos al listado del anterior), establece un orden de preferencia para el nombramiento. No obstante, el tribunal puede apartarse del orden legal, mediante resolución motivada, por diversas razones. En ocasiones, porque el llamado en primer lugar carece de la idoneidad exigible, no estando en condiciones de hacerse cargo de la tutela. Otra razón puede ser que el llamado se oponga a ejercer el cargo y pueda resultar contraproducente su nombramiento, a pesar de que constituye un deber legal. Pero también es posible que la conflictividad familiar desaconseje el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente [STS 373/2016 de 3 de junio].

3. NO HAY PÉRDIDA DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Afirma el Tribunal Supremo que el sujeto con capacidad judicial modificada, **en ningún caso deja de ser titular** de sus derechos fundamentales, y que esta modificación

⁴⁵ P. CUENCA GOMEZ «El Sistema de apoyo...» p.69

determina **únicamente su forma de ejercicio** [STS 282/2009 de 29 de abril; STS 118/2018 de 6 de marzo].

También señala el Tribunal que los **preceptos** que regulan la incapacitación judicial deben **interpretarse bajo la consideración** de que la persona con discapacidad «**sigue siendo titular de sus derechos fundamentales** y que la incapacitación es sólo una forma de protección», ajustándose a las necesidades de la persona, **atendiendo a la incidencia efectiva que la limitación** de sus facultades intelectivas y volitivas **tenga en su autogobierno**, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona⁴⁶.

Por este motivo, no debe entenderse que por incapacitar a un sujeto, éste deja de ser titular de sus derechos fundamentales, sino que, para ejercerlos necesitará de apoyo o representación (en los supuestos más extremos). No obstante, hay derechos personalísimos que no son susceptibles de representación, y pueden generarse controversias. Pero, en principio, sin entrar en profundidad en esta cuestión, debe entenderse que cuando actúan ejerciendo un derecho del sujeto con capacidad modificada, en aquellos casos en los que la representación es posible por no tratarse de derechos personalísimos, estará ejerciendo el derecho propio de la persona con capacidad modificada.

Apoiando estos postulados también, la sentencia de 4 de abril de 2017⁴⁷, señala que « [...] **la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad** de los derechos fundamentales» pero sí que, como decíamos, determina su forma de ejercicio. Por esta razón, dice que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. En este punto se reafirma la importancia de que se lleve a cabo un profundo estudio de la patología del sujeto que, en nuestro trabajo se centra en una persona con una enfermedad cíclica. Este profundo estudio permitirá que la situación del incapacitado quede lo suficientemente clara como para que la regulación de su situación jurídica sea adapte a su situación real.

No estamos ante un sistema de protección de la familia, sino exclusivamente de la persona afectada, al estar hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril y 341/2014, de 1 de julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña 276/2019).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 216/2017 de 4 de abril

volitivas no le permiten ejercer sus derechos con normalidad (282/2009 de 29 de abril; STS 216/2017 de 4 de abril).

4. VIGENCIA DE NUESTRO DERECHO PRIVADO.

El tribunal Supremo, en su Sentencia 282/2009 de 29 de abril, señala la iniciativa, por parte del derecho español, de proteger a este grupo de personas (FJ 5). En esta, la conclusión a la que llega el tribunal es que el sistema de protección de nuestro derecho privado sigue vigente, siempre que se entienda «que **el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales** y que la incapacitación es sólo una **forma de protección**»; **además de que «la incapacitación no es una medida discriminatoria** porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias»⁴⁸.

5. LOS MECANISMOS DE APOYO.

5.1 Tutela y curatela son el sistema de apoyos acordes con la Convención.

En relación con el punto anterior, más recientemente, la STS 298/2017⁴⁹, de 16 de mayo, establece que el sistema de apoyos al que hace referencia la convención, en nuestro régimen jurídico, está constituido, más comúnmente, por la tutela y la curatela, no obstante, en otros supuestos pueden resultar eficaces la guarda de hecho y el defensor judicial, siendo estos últimos menos habituales.

Por lo tanto, la jurisprudencia descarta que este procedimiento, así como la constitución de tutela o curatela, sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención [STS 530/2017 de 27 de septiembre de 2017; 597/2017 de 8 de noviembre; 124/2018 de 7 de marzo; 118/2020 de 19 de febrero]

Al afirmar que nuestro sistema se adapta a los postulados de la convención, con una interpretación acorde a esta, nuestra jurisprudencia señala que correspondería a la tutela una limitación total del alcance de la capacidad y a la curatela los supuestos de limitación parcial [STS 298/2017 de 16 de mayo].

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 de 29 de abril.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2017 de 16 de mayo. FJ 5°.

5.2 La tutela es la forma de apoyo más intensa y la curatela es un apoyo de intensidad menor.

En este tipo de procedimientos las controversias surgen en el momento de decidir cuál es el mecanismo que mejor se adapta a la situación del particular.

El tribunal distingue estos mecanismos apuntando a la tutela como «la forma de apoyo más intensa» y la curatela como «un apoyo de menos intensidad».

En aquellos momentos en los que el presunto incapaz no pueda tomar decisiones por sí mismo, ni con apoyo de otro, el mecanismo idóneo será la tutela (art. 267 CC) y, sin embargo, puede ser suficiente una curatela cuando el sujeto, a pesar de tener disminuido su autogobierno, sea capaz de tomar decisiones por sí mismo y solo precise ayuda de un tercero que no vendría a sustituirle, sino que le asistirá en la toma de decisiones que le afectan (arts. 287, 288 y 289 CC)⁵⁰.

El Tribunal Supremo, en múltiples sentencias, revoca decisiones de instancias inferiores, por considerar excesivo, atendiendo a los hechos probados, el sometimiento a tutela de esos sujetos⁵¹. Esto, en palabras del tribunal, queda en absoluto desacuerdo con la jurisprudencia de la sala, ya que lo que se pretende es que prime la autonomía de la persona con capacidad modificada, no privándosele innecesariamente de capacidad para actuar por sí mismo en ámbitos que van más allá de los que su situación real exija, nombrándole un tutor en lugar de un curador [STS. 458/2018 de 18 de julio].

Nos encontramos con varios escenarios distintos: en primer lugar, que al sujeto se le nombre un tutor con las funciones propias de este, pero esto no se adapta a la concreta necesidad de protección, dado que este grado de incapacidad resulta excesivo y desproporcionado atendiendo a las circunstancias propias del caso; en segundo lugar, al sujeto se le nombra un tutor pero, atendiendo a los límites recogidos en la Sentencia, podría decirse que lo que se le impone es más una tutela con funciones de curador, cuyas funciones son de asistencia y no de representación (STS. 458/2018 de 18 de julio); y, en tercer lugar, se somete al sujeto a curatela pero los límites establecidos en la sentencia no se adaptan a la capacidad real del sujeto, bien sea por exceso o por defecto.

⁵⁰ STS 362/2018 de 15 de junio; STS 118/2020 de 19 de febrero.

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo 458/2018 de 18 de julio; STS 118/2018 de 6 de marzo]; STS 118/2020 de 19 de febrero.

Otro problema que encontramos es que, en algunas ocasiones, las instancias anteriores se pronuncian en sentido de declarar a un sujeto incapaz parcialmente pero se le nombra un tutor⁵² que, como veíamos antes, se correspondería con la curatela y la incapacitación total con la tutela.

5.3 Curatela como mecanismo de asistencia.

La curatela deja a un lado el modelo de sustitución y sólo exige la asistencia del curador a los actos que el juez —o en su defecto la ley— decida (arts. 286-289 CC). Este mecanismo de apoyo, que es el recogido hoy en día en nuestro régimen jurídico, permite al sujeto mantener un grado de autonomía suficiente como para ejercitar sus derechos por sí mismo. Cuando pensamos en este mecanismo de protección partimos de la constatación de que la capacidad de entender y de querer de la persona no está totalmente anulada⁵³.

La SAP Valladolid 152/2016, que fue recurrida y dio lugar a la STS 298/2017 de 16 de mayo, justificó el mantenimiento del mecanismo de tutela bajo el argumento de que «considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados que no facilitarían la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad así como a su posible actuación en lo patrimonial». Sin embargo, rechazando ese postulado el Tribunal Supremo defiende que la curatela se caracteriza precisamente por ese contenido asistencial y de supervisión, y no por el ámbito o por la extensión de actos para los que esté llamado [STS. 298/2017 de 16 de mayo].

En la misma sentencia el Tribunal Supremo, atendiendo al caso concreto, dice que la descripción de la situación del sujeto que se contiene, tanto en la sentencia de primera como segunda instancia, no es la propia de una discapacidad total en la que se exige que la persona tenga anulada de forma completa su capacidad de entender y de querer, y se requiera que otro decida en su lugar⁵⁴. Es imprescindible el profundo conocimiento de la situación del sujeto para que la medida de protección se ajuste a su necesidad.

⁵² STS 458/2018 de 18 de julio; STS 118/2020 de 19 de febrero.

⁵³ ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Derecho Privado y Constitución*, n° 24, 2010. p. 30-31.

⁵⁴ STS 298/2017 de 16 de mayo, FJ 5º.2.

En alguna ocasión se planteó que el mecanismo curatelar no podía actuar en el ámbito personal, solo pudiendo abarcar cuestiones patrimoniales. Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro alto tribunal considera que la curatela puede ser un apoyo tanto en la esfera personal, en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera la protección de la persona [STS 530/2017 de 27 de septiembre; STS 298/2017 de 16 de mayo]. Esto se deduce de la regulación conjunta de los supuestos en los que procede la curatela (art. 286 y 287 CC), ya que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos, sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Es más, no resulta del art. 287 CC que la limitación solo se pueda circunscribir al ámbito patrimonial, ni es coherente con la necesidad de que los mecanismos de apoyo se adapten a las necesidades y circunstancias de cada sujeto que tiene afectada su capacidad. La sentencia citada dice literalmente que «La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona»⁵⁵.

En este sentido, son reiteradas las resoluciones del Tribunal Supremo las que atribuyen **funciones de control, supervisión y apoyo al curador, en el ámbito personal** [STS 553/2015, de 14 de octubre; STS 373/2016, de 3 de junio; STS 216/2017, de 4 de abril; STS 298/2017 de 18 de mayo; STS 118/2018 de 6 de marzo; STS 118/2020 de 19 de febrero].

Además, existe un deber de velar por el incapacitado que afecta a todo cargo tutelar (art. 215 y 216 CC)⁵⁶. El propio tribunal atribuye al curador funciones asistenciales en la esfera personal como la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad [STS 362/2018 de 15 de junio; STS 732/2018 de 7 de marzo; STS 118/2020 de 19 de febrero].

Por lo que se refiere **al ámbito patrimonial**, los actos en los que intervendría el curador no se circunscriben necesariamente a los referidos en el art. 290 CC, pudiendo extenderse a aquellos en los que precise la asistencia. Es cuestión distinta que, cuando la sentencia no especifique los actos en los que se requerirá su intervención, el legislador se refiera subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para

⁵⁵ STS 298/2017 de 16 de mayo, FJ 5º.2.

⁵⁶ ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones...» *cit.*, p. 32.

los que el tutor necesita autorización judicial [STS 530/2017 de 27 de septiembre; STS 298/2017 de 16 de mayo].

5.4 Admisión curatela con funciones de representación.

Venimos repitiendo que la curatela es un mecanismo de apoyo, que no sustituye, sino que asiste a la persona con capacidad modificada. No obstante, la doctrina del Código civil, además de otros Derechos civiles españoles de forma expresa, como el catalán (arts. 223-a y 223-6 de su código) y el aragonés (art. 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón), admiten una curatela con funciones de representación. Esto tiene sentido dado que es prioridad en nuestra jurisprudencia que se dote al incapaz de un sistema de guarda flexible perfectamente adaptado a su situación, de necesaria representación, en unos casos o la mera asistencia en otros, independientemente del nombre con el que se identifique a la institución (STS 597/2017 de 8 de noviembre). No obstante, nuestro sistema no impide que se atribuya al tutor funciones de representación y, además funciones asistenciales. Posibilidad, muy legítima, siempre y cuando no se limite de forma excesiva la capacidad del sujeto. Con esto estoy haciendo referencia a que la persona no vea sustituida su voluntad en aquellos ámbitos para los que es suficiente el sometimiento al apoyo de un tercero.

5.5 En muchos casos, la tutela resulta excesiva.

Se afirma, no en una, sino en gran variedad de resoluciones que la tutela resulta excesiva atendiendo a las circunstancias propias del sujeto [STS 118/2018 de 6 de marzo; STS 362/2018 de 15 de junio]. Esto sucede por lo dicho antes: se limita la capacidad de los presuntos incapaces pasando por alto su real entendimiento con la convicción de que está más protegido.

Todas las personas merecen que se respete su dignidad, su autonomía individual y ser libres para tomar sus propias decisiones (art. 3 de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁵⁷). Si se le somete a tutela, cuando las circunstancias determinan que su capacidad intelectual y volitiva tiene limitaciones, pero

⁵⁷ Artículo 3 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. «Los principios de esta ley serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. [...]

con una simple asistencia podrían superarse, se estarían violando las disposiciones de la convención, así como la doctrina del tribunal.

En el supuesto de hecho de la STS 298/2017, de 16 de mayo, el tribunal considera que la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias (Juzgado de Primera Instancia y Audiencia Provincial) no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentra privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación es la que daría lugar al sometimiento a tutela.

No obstante, la tutela sigue siendo el resultado general de los procesos de incapacitación, y la curatela se percibe por el juez como fórmula blanda, arriesgada y vaga. Para satisfacer el afán de protección de la persona la sustitución es más cómoda, y también resulta así para el guardador⁵⁸.

5.6 Independencia de la denominación, lo que importa es la delimitación de los ámbitos.

Al final, el Tribunal Supremo dice que la denominación de la institución de guarda, no importa tanto, sino que, lo que verdaderamente tiene relevancia es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí misma, aquellos para los que necesita apoyo y aquellos en los que otro deberá decidir por ella. Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible, adaptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se dé al mecanismo de protección⁵⁹.

Se empieza a ver la posibilidad de que existiera una única institución moldeable, que se ajustará a las características propias de cada sujeto, sin necesidad de distinguir entre ser incapacitado total o parcialmente⁶⁰. Sin embargo, como hemos visto, con los

⁵⁸ ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Derecho Privado y Constitución*, n° 24, 2010. p. 31.

⁵⁹ STS 597/2017 de 8 de noviembre.

⁶⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: ... cit.*, p. 143

mecanismos existentes hasta el momento, nuestro ordenamiento jurídico puede dar respuesta a múltiples situaciones que pueden darse.

Desarrollado ya lo que el tribunal ha dictaminado en relación a los mecanismos de protección y señalada la importancia que tiene, por las variadas situaciones existentes, la adaptación del sistema a cada sujeto, se pronuncia sobre la exigencia de hacer un «traje a medida» para una correcta graduación de la limitación de capacidad de los sujetos.

6. EL TRAJE A MEDIDA Y LA GRADACIÓN DE LA MODIFICACIÓN.

El Tribunal Supremo establece que este «traje a medida» consiste en el conocimiento preciso de la situación en que se encuentra el incapaz: cómo desarrolla su vida ordinaria, representar en qué medida puede cuidarse a sí mismo o necesita ayuda; si puede actuar por sí o alguien tiene que hacerlo por él, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones [STS 373/2016 de 3 de junio⁶¹].

El propio Tribunal Supremo señala que para que funcionen los sistemas de protección hay que huir de formalismos y de soluciones protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución, lo que hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona [STS 597/2017 de 8 de noviembre; STS 124/2018 de 7 de marzo]. En particular, «cada discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas» (STS 244/2015 de 13 de mayo; STS 373/2016 de 3 de junio)

El tribunal de instancia debe adquirir la clara convicción de cuál es la situación de esa persona. La exploración judicial juega un papel determinante, de entre las pruebas legales previstas para confeccionar este traje. Es importante hasta el punto de que un tribunal de instancia no puede juzgar la capacidad de un sujeto sin haber explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando unas preguntas estereotipadas), teniendo

⁶¹ Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª), núm. 373/2016 de 3 de junio.

presente al presunto incapaz, para conocer de forma certera la capacidad de autogobierno del sujeto. [STS 124/2018 de 7 de marzo; STS 458/2018 de 18 de julio]

La confección de este traje exige la colaboración de todas las partes implicadas para el más concreto conocimiento de la persona afectada por una anomalía física o psíquica, que se traduce en, por un lado, la aportación de todos los datos y pruebas necesarios para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, y, por otro, en la determinación de las medidas de apoyo necesarias atendiendo a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en interés del incapaz y en su beneficio, respetando su esfera de autonomía e independencia [STS 373/2016 de 3 de junio; STS 124/2018 de 7 de marzo].

7. GARANTÍAS ESTABLECIDAS POR LA LEY.

Es **la propia ley** la que, con el fin de que la decisión que se adopte se adapte a la concreta necesidad de protección, **establece unas garantías precisas** para el proceso de modificación de la capacidad.

El art. 759.1 LEC, para dotar al proceso de las máximas garantías, impone al juez la práctica de tres medios de prueba: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes [STS 597/2017 de 8 de noviembre; STS 124/2018 de 7 de marzo].

Advirtió la sentencia 244/2015 de 13 de mayo, que **la prueba** en estos procesos está sujeta a unas **reglas especiales** (capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que deben ser interpretadas de conformidad con la CDPD.

Es una particularidad de este procedimiento, que no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y privados (art. 752.2º último inciso LEC⁶²) [STS 597/2017 de 8 de noviembre; STS 124/2018 de 7 de marzo].

⁶² Art. 752.2º LEC « [...] Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.»

El Tribunal Supremo apunta que la ley exige varias pruebas precisamente porque, como ya dijo en la STS 72/1986, de 10 de febrero, **el juez no está vinculado por los criterios médicos dado que la incapacidad**, a efectos civiles, «no emana de lo que merezca tal consideración en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias que el mencionado precepto establece (el art. 200 CC), de que exista en una persona, ... una enfermedad que le impida gobernarse por sí misma» [STS 597/2017 de 8 de noviembre].

De forma imperativa se recogen unas **exigencias ineludibles** para poder dictar sentencia entorno a un proceso de modificación de capacidad: **no** podrá decidirse **sin previo dictamen pericial médico**, y si la sentencia que decide sobre la incapacitación es apelada, la segunda instancia ordenará de oficio «la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo» (art. 759.3 LEC)⁶³. Además, la jurisprudencia hace referencia a que el juez tiene la **obligación de explorar al sujeto**, no pudiendo juzgar su incapacidad sin haber explorado sus facultades cognitivas y volitivas [STS 597/2017 de 8 de noviembre].

No es baladí señalar que, en la valoración de la prueba practicada, el juez goza de **gran discrecionalidad, debiendo justificarlo** en la motivación de la sentencia, donde expondrá cómo ha llegado a esa convicción psicológica [STS 557/2015 de 20 de octubre; STS 216/2017 de 4 de abril; STS 298/2017 de 16 de noviembre].

Se caracteriza la **exploración judicial** por constituirse como un **valioso dato probatorio**, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, pero además por contribuir a una meditada decisión para constituir una situación, en una materia que no solo pertenece a la medicina o a la psiquiatría. Al ser esta situación un problema multidisciplinario, se busca por parte del juez o Tribunal que emitan una opinión, no que describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular; una opinión «con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir» [STS 597/2017 de 8 de noviembre].

La entrevista con los parientes del sujeto, como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002⁶⁴, de 9 de octubre, es una garantía legal de la persona con

⁶³ STS 124/2018 de 7 de marzo.

⁶⁴ Sentencia Constitucional nº 174/2005, Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Rec. Recurso de amparo 1401-200 de 9 de octubre de 2002.

discapacidad, ya que permite conocer la situación real y los apoyos con los que, en su caso, cuenta la persona en su propio entorno. No obstante, el tribunal puede conceder más crédito, en la valoración conjunta del material probatorio, a otras pruebas, como el informe del médico forense siempre que esté debidamente motivada su decisión [STS 597/2017 de 8 de noviembre; STS 124/2018 de 7 de marzo].

V. EL CASO DE LAS ENFERMEDADES CÍCLICAS.

Tenemos a un sujeto con una enfermedad cuyas fases de plena capacidad y de capacidad reducida, se suceden sin un patrón fijo de comportamiento.

En primer lugar, lo que se pretendería es conocer de forma precisa las consecuencias de la enfermedad durante las fases cíclicas.

Podemos encontrarnos a un sujeto cuya capacidad intelectual y volitiva se vea afectada, durante la fase activa de la enfermedad, de forma total o parcial.

Si estuviéramos ante una persona que resulta probado que su capacidad se ve gravemente alterada, impidiéndole desarrollar su vida con normalidad, incluso no siendo suficiente la mera asistencia, habrá de nombrársele un tutor, que lo sustituirá, exclusivamente cuando la enfermedad haya provocado que su capacidad se vea alterada. Sin embargo, si la capacidad de autogobierno del sujeto se viera alterada de forma leve, siendo suficiente una asistencia para completar esa limitación, será suficiente nombrarle un curador.

El nombramiento de tutor para los casos más graves no implica que el sujeto vaya a ser sustituido en todos los actos jurídicos que realice, sino que se señalará para qué actos deberá intervenir en sustitución del sujeto y para cuáles solo ejercerá de asistente. Es decir, solo entrará a sustituir en aquellos actos determinados por el juez, ejerciendo de apoyo en los otros tantos sean necesarios, y exclusivamente en la fase activa de la enfermedad.

Para el conocimiento preciso del sujeto se necesitará de un informe psicológico o psiquiátrico muy concreto sobre su situación. Esta concreción se podría resumir en que contenga de forma clara y concisa el grado de alteración de la capacidad del sujeto, así como una relación de los actos en los que el sujeto puede encontrar dificultades en su

ejercicio. Esta lista no será la que deba asumir el juez como límites a la capacidad del sujeto, sino que será una herramienta orientativa.

Además, este informe debería contener algo así como unas indicaciones de cuándo podremos entender que su capacidad está viéndose alterada por un posible brote de la enfermedad. Se recogerá la sintomatología de la fase pre-mórbida al momento de empezar un brote.

Nos encontramos ante una cuestión de gran complejidad dado que no hay una acción determinante que pudiera indicarnos que el sujeto se encuentra en ese momento de necesaria protección, sino que habrá una serie de indicios que nos hará pensar que el sujeto necesita que se active el mecanismo de protección.

Atendiendo a las circunstancias especificadas por el informe, el juez o magistrado determinará los límites y extensión que dará al mecanismo de protección que, como vengo reiterando, entrará en funcionamiento exclusivamente en las fases críticas de la enfermedad.

En el fondo, lo más relevante son las funciones atribuidas al tutor o curador. Gracias al detallado informe, el juez debe atribuir las funciones al tercero. Las funciones atribuidas no pueden exceder los límites de la propia enfermedad. En defensa de la autonomía del sujeto tienen que establecerse las funciones de los mecanismos de apoyo atendiendo a su capacidad real de autogobierno, ni más, ni menos. Si el sujeto tiene capacidad para regir su persona sin necesidad de ayuda, no habrá de atribuir al tercero protector funciones en este ámbito. Si solo requiere ayuda en el ámbito patrimonial, el juez deberá ajustar los límites a la ayuda que requiera.

Es por esto que con un profundo estudio del sujeto ayudará a conocer sus limitaciones y nos permitirá no restringir innecesariamente su autonomía.

El problema añadido que se presenta a la autoridad judicial es, cuál será el momento concreto en que se ha de considerar que el sujeto empieza a necesitar el apoyo, y cuándo se entenderá que se produce la estabilización de la enfermedad.

La solución idónea sería que, cuando en el sujeto empiezan a exteriorizarse los síntomas de la enfermedad, fuera un forense quien certificara que ese sujeto tiene afectada la capacidad intelectual y necesita la intervención de ese tercero. Esta misma operación debería de repetirse cuando se produce la estabilización con la consecuente recuperación

de la plena capacidad. Planteo esto dado que, probablemente, el tercero que se hace cargo de la asistencia o representación del sujeto, no sea un profesional de la psicología o de la psiquiatría, y no está lo suficientemente cualificado para afirmar cuándo el sujeto ha entrado en la fase crítica de la enfermedad.

Opino que es la situación que da mayor seguridad al sujeto, porque sino esto quedaría a la propia percepción del tercero que ejerce esa protección, pudiendo abusar de esta posición. No obstante, se presume que va a actuar siempre en beneficio del sujeto con capacidad modificada, y que no va a tratar de perjudicarlo. Sin embargo, lo que pretendemos es dar la mayor seguridad jurídica a estas situaciones excepcionales como son las provocadas por las enfermedades cíclicas.

VI. CONCLUSIÓN.

Teniendo en cuenta que debemos interpretar nuestra normativa a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que el Tribunal Supremo asumió la compatibilidad de la tutela y la curatela al régimen de esta, es inevitable pensar que la regla general debería ser la instauración de la curatela, siempre ajustada a las particularidades de cada supuesto.

Al ser propósito de la Convención, el otorgar la máxima autonomía a los sujetos, y que sean ellos mismos los que tomen sus propias decisiones apoyados por un tercero, no teniendo que ser sustituidos, hay de rechazar la idea de que es mejor instaurar un mecanismo más intenso para su protección.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo es preciso preservar la autonomía de las personas con capacidad modificada judicialmente, por lo que, solo se justificaría el nombramiento de tutor cuando de las circunstancias particulares del caso se extraiga de forma clara e indubitada que no queda ámbito posible en el que el sujeto pueda regirse. Cuando las circunstancias personales del sujeto muestren que con el mero apoyo de tercero, la persona podrá desarrollar su vida con normalidad, no se justificará la imposición del sistema de representación.

Hay que lograr un cambio en la concepción general para que el sistema de apoyos de menor intensidad impere como primera opción. Como hemos visto, es posible que esto venga de la creencia de que, a mayor protección, mayor seguridad para el sujeto. Esta

consideración va en contra de los postulados de la Convención al estar privándosele de parte de su autonomía creyendo que se le está protegiendo de forma más eficaz. Por este motivo el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluid la libertad de tomar sus propias decisiones» [STS 118/2020 de 19 de febrero].

La concepción que viene exigida por la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad fue adoptada por nuestro Alto Tribunal desde tiempo atrás, no siendo así por algunos de nuestros tribunales de instancia y Audiencias Provinciales. Este es el problema fundamental al que habría de dar solución para que se ofreciera a los sujetos una protección adecuada a sus necesidades sin tener que atravesar un largo procedimiento judicial.

Como hemos podido ver, dentro ya del proceso, es importante que se atienda y se ajuste lo máximo posible a las necesidades particulares de la patología de cada sujeto. Esto serviría para la generalidad de procesos de incapacitación, se trate o no una de enfermedad cíclica. Sin embargo, como aquí abordamos la cuestión sobre las enfermedades cíclicas, habiendo planteado la diversa problemática, como conclusión diré lo siguiente: por un lado, es de suma importancia, en el curso del procedimiento, el informe del profesional, que será determinante para que el juez conozca en profundidad la situación real del sujeto, y para señalar los límites y la extensión de la incapacitación. Este informe ha de contener con sumo detalle todo lo relevante a la situación del sujeto, tanto en las fases en las que el sujeto no tiene afectada su capacidad intelectual y volitiva, como en las fases activas de la enfermedad. Por otro lado, también debería ser un profesional de la psiquiatría o de la psicología quien señalara que el sujeto está en esas fases de afectación de la enfermedad, no siendo posible dejar tal consideración a la opinión del tercero que ejerce el apoyo del sujeto incapaz.

Por último, no quiero terminar sin señalar que, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe plantear que fuera suficiente la existencia de una única figura moldeable en su totalidad, a la que pudieran otorgársele las facultades que fueran necesarias para el sujeto (de representación o de asistencia). No obstante, en la actualidad, es posible dar la protección necesaria a los sujetos acudiendo a los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.

- MARTINEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal.*
- M^a.C. GETE-ALONSO, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad» en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, M^a del Carmen García Garnica (aut.), Aranzadi, 2011. P. 41-98
- ALVAREZ LATA. N. y SEOANE. J.A., «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Derecho Privado y Constitución*, n^o 24, 2010. p. 29.
- MAYOR DEL HOYO, M^a.V., «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones unidas», en S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas* (Madrid, Dykinson, 2013)
- CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», en *REDUR*, n. 10, diciembre 2012.
- ENDARA ROSALES, JUAN. «"Ser persona con todas las de la ley"», en M^a Teresa Vicente Rabaneque (coord.), *Antropología en transformación: sentidos, compromisos y utopías.* (Universidad de Valencia, 2017)