

MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR POR DETERIORO COGNITIVO. TUTELA O CURATELA: CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN. LA PERSONA IDÓNEA PARA EL CARGO

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

La Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2008 configura un sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad y así 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. Por tanto, con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. En particular, las salvaguardias deben ser proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. La modificación de la capacidad de obrar de cualquier persona ha de ir necesariamente unida a la determinación de las habilidades que tenga, de manera que puedan concretarse aquellos aspectos respecto de los que necesita asistencia, ayuda o representación, y establecer un «traje a medida» adaptado a las peculiaridades de cada persona afectada, y poder determinar el mecanismo de protección correspondiente, ya sea tutela ya curatela, a través del procedimiento de modificación de la capacidad regulado, que no son contrarios a la Convención, como ha declarado la jurisprudencia.

Palabras clave: tutela o curatela y capacidad de obrar.

Fecha de entrada: 09-06-2017 / Fecha de aceptación: 26-06-2017

ENUNCIADO

Ante el Juzgado de 1.^a Instancia de la ciudad se presenta demanda de modificación de la capacidad por el hijo de Pedro, persona de 82 años que padece deterioro cognitivo por enfermedad de Alzhéimer, interesando se le nombre una persona que le represente o asista en el ámbito personal y en el ámbito patrimonial, tanto en la disposición como en la administración de sus bienes.

El juez, a la vista de la prueba practicada, la documental aportada, audiencia a los parientes más próximos, entre ellos la esposa, la familia directa y la extensa, la exploración judicial, el informe del forense, aclarado en el acto de la vista, aprecia que el demandado padece una enfermedad psíquica que le inhabilita en el orden patrimonial para realizar los actos de administración y disposición de bienes, y en el orden personal para tomar decisiones que excedan de las ordinarias de la vida diaria, así como todo lo relacionado con su salud (manejo de medicamentos, pautas alimenticias, consentimiento para tratamientos médicos).

La sentencia declara expresamente la incapacidad de Pedro, en el ámbito de la salud. Asimismo, le reconoce la posibilidad de gestionar y administrar su pensión de jubilación en un porcentaje del 25%.

Nombra como tutor a su hijo, pese a que Pedro manifestó que no consideraba apto a ninguno de sus dos hijos para que fueran su tutor; lo hizo en el contexto de su oposición a que se pusiera en cuestión su capacidad. La sentencia considera más adecuado que sea tutor el hijo mayor y no la hija, que reside en una localidad alejada de la del demandado, ni la hermana del demandado, que niega la enfermedad.

La representación de Pedro interpone recurso de apelación, por entender que no procede la declaración de incapacidad, y subsidiariamente que se establezca una curatela para los aspectos procedentes y que sea nombrada su hermana como curadora.

Cuestiones planteadas:

1. Introducción.
2. La Convención de Nueva York de 2006 y la declaración de modificación de la capacidad: supuestos en que procede.
3. Tutela o curatela: diferencias.

4. Nombramiento del cargo de protección: idoneidad.
5. Solución.

SOLUCIÓN

1. Introducción

Es ciertamente frecuente la existencia, en la realidad procesal diaria, de demandas por las que se solicita la modificación de la capacidad de personas que por su avanzada edad presentan deterioro cognitivo en diverso grado, en muchos casos por demencia, en otros por enfermedad de Alzheimer o por otras causas de supuestos como el propuesto en el caso que se propone. En muchos de estos casos la situación de la persona afectada debe valorarse en función de las pruebas que se practiquen y ajustar la medida de protección a aquellos ámbitos en los que se acredita una falta de habilidad, sea en el ámbito personal, como en el patrimonial, y así o bien nombrarle un tutor que le represente total o parcialmente, o bien un curador que complete su capacidad interviniendo con él en aquellos aspectos determinados en que sea necesario; en otros casos, no frecuentes a esas edades, es posible que la existencia de deterioro cognitivo no quede corroborada por la pruebas que se realicen, y solo necesite un apoyo social sin mermar su capacidad de obrar, y por tanto desestimando la demanda. Lo importante es preservar los derechos de la persona afectada siguiendo los postulados de la Convención de Nueva York de 2006.

2. La Convención de Nueva York de 2006 y la declaración de modificación de la capacidad: supuestos en que procede

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, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva, debe interpretarse lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban, desde el año 1983, la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. 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.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en STS de 15 de julio de 2015).

La jurisprudencia recaída en supuestos como el que nos ocupa, en interpretación de las normas del Código Civil y de la Convención, puede resumirse del siguiente modo:

- 1.º De acuerdo con el artículo 200 del Código Civil, «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma», y en aplicación del artículo 760.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección» (SSTS de 29 de abril de 2009 y de 1 de julio de 2014).
- 2.º La incapacitación de una persona, sea total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (STS de 24 de junio de 2013).
- 3.º Ha de concurrir una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico y sea permanente o bien oscile en intensidad, impida a dicha persona gobernarse por sí misma (SSTS de 28 julio de 1998 y 24 de junio de 2013).
- 4.º Considerando el autogobierno como la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, libremente y con conocimiento suficiente, las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas constituyen causa de incapacitación si impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia o si anulan o merman la voluntad (STS de 1 de julio de 2014).
- 5.º Entendiendo que la pérdida de autogobierno puede ser total, parcial referida a determinadas actividades vitales, o bien a algunas actividades vitales, el estado mental de una persona admite diversos grados de discernimiento (STS de 23 de abril y 17 de julio de 2009 y de 1 de julio de 2014).

- 6.º La declaración de incapacidad debe adaptarse a la concreta necesidad de la persona a la que afecta la declaración de incapacidad (STS de 1 de julio de 2014).

De la lectura del supuesto propuesto, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, puede decirse que una vez practicadas las pruebas de oficio, examen del demandado e informe del médico forense, y cualesquiera otras que fueran necesarias para determinar la situación de Pedro en los aspectos de su vida, el juez acordó declarar la modificación de la capacidad de manera parcial y someter a Pedro a una tutela parcial, y el nombramiento de tutor, si bien esa tutela parcial y la medida de protección pudiera ser excesiva en la medida en que Pedro, según el texto, tiene problemas en relación con su salud, y en relación con la administración y disposición de sus bienes se le permite administrar su pensión en un porcentaje del 25 %.

3. Tutela o curatela: diferencias

La Convención alude a un sistema de apoyos que en nuestro Derecho está integrado por la tutela y la curatela, fundamentalmente, si bien pueden mencionarse la guarda de hecho y el defensor judicial como supuestos de protección que pueden considerarse eficaces en muchos casos y que todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

En este sentido la jurisprudencia (STS de 15 de julio de 2015) ha declarado que ni el procedimiento de modificación de la capacidad regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la constitución de tutela o curatela son contrarios a los principios de la Convención.

La forma de apoyo más intensa es la tutela, que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. Así se desprende del artículo 267 Código Civil, al decir que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia.

Sin embargo, es posible la curatela, como medida de protección de menor intensidad, en la medida en que pueda ser suficiente un apoyo menos intenso, solo como ayuda para tomar las decisiones que le afecten, pero sin sustituir a la persona con discapacidad. En el sistema legal que establece el Código Civil (arts. 287, 288 y 289), se concibe como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad.

La restricción de la capacitación de una persona debe hacerse con criterios restrictivos, (STS de 20 de junio de 2014), solo tiene justificación como una medida de protección de la persona, la modalidad que se adopte no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, debiendo para ello graduar la necesidad de protección (STS de 1 de julio de 2014), teniendo en cuenta las limitaciones de la persona, el contexto

en que se desarrolla su vida ordinaria, la situación en que se encuentra, en qué medida puede cuidarse de sí misma, para qué actos necesita alguna ayuda, y de qué tipo ha de ser; en definitiva, cuál es su situación personal, cómo desarrolla su vida ordinaria, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, en qué medida necesita protección y quién se la está prestando, y qué episodios o situaciones personales han dado lugar al procedimiento judicial.

Debe indicarse «que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de la persona solo puede adoptarse como un sistema de protección»; siendo varias y diversas las situaciones en que pueden encontrarse las personas con falta de capacidad, debe evitarse una regulación y una valoración que resulte abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado, bajo la consideración de que siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación en cualquiera de sus modalidades es solo una forma de protección, que ha de adoptarse únicamente en la medida que la persona lo necesite, o precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga e influya en su autogobierno, y, por ello, solo en tanto no le permita ejercer sus derechos como persona.

Sin embargo, a la vista de los datos del caso no estamos en presencia de un supuesto en que sea necesaria la discapacidad total de Pedro, pero una discapacidad parcial para determinados aspectos, sobre todo los relacionados con aspectos referidos a la salud, y posibles casos de actuación patrimonial, sería suficiente con un sistema de protección flexible como es la curatela, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 Código Civil) permitiría crear lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 Código Civil) sí se limita a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 mencionado, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyos que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. 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. De forma más reciente, interpretando el sistema vigente conforme a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de esta sala que atribuyen al curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal (STS de 24 de junio de 2013, 30 de junio de 2014, 14 de octubre de 2015, 20 de octubre de 2015, 17 de diciembre de 2015, 3 de junio de 2016 y 4 de abril de 2017). En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código Civil, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

4. Nombramiento del cargo de protección: idoneidad

El artículo 234 del Código Civil establece que «para el nombramiento de tutor se preferirá»:

- 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.
- 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.
- 3.º A los padres.
- 4.º A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad.
- 5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona, para el caso de una futura modificación judicial de la capacidad, debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija (SSTS de 1 de julio de 2014, 19 de noviembre de 2015 y 3 de junio de 2016).

Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento, como sucede en el caso que se propone. Por otro lado, el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York dispone que se «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona». Sin embargo, aunque la manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador; y en ese caso, en atención a las circunstancias, si resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza, ese interés manifestado quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia.

Sin embargo, en el supuesto del caso, pese a que tal manifestación fue realizada, no puede considerarse idónea, ya que niega la enfermedad del demandado. Entre los hijos lo más adecua-

do es que lo sea el del lugar de residencia de Pedro, en la medida en que podrá cumplir sus funciones del cargo de manera más adecuada para los intereses de su padre.

No existiendo una manifestación de voluntad terminante del interesado dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, en atención al interés de la persona con discapacidad, la más idónea entre las llamadas para ejercer el cargo es el hijo.

5. Solución

La sentencia tendría que ser revocada por la Audiencia y estimar parcialmente el recurso de apelación, declarando que Pedro tiene una incapacidad parcial, acordando constituir la curatela para los actos médicos y patrimoniales señalados, debiendo nombrar como curador a su hijo, no a su hermana, como él pretendía, por entender que es el más idóneo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 200, 231, 234, 267, 287, 288, 289, 290 y 323.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 760.1
- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, art. 12.3.º, 4.º
- SSTS de 23 y 29 de abril y 17 de julio de 2009; 24 de junio de 2013; de 20 y 30 de junio y 1 de julio de 2014; 15 de julio, 14 de octubre, 20 de octubre, 19 de noviembre y 17 de diciembre de 2015; 3 de junio de 2016 y 4 de abril de 2017.