

RECENSIÓN: LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M. E.: *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 1-250.

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Becario de investigación F.P.U. en el Departamento de Derecho Civil Universidad de Valencia (España)

Pedro.Chaparro@uv.es

Bajo el título *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, los autores Antonio Legerén Molina y María E. Rovira Sueiro realizan un estudio pormenorizado de la impronta que, en el ordenamiento jurídico español, ha tenido hasta el presente la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La obra se vertebra sobre dos capítulos, el primero de alcance más general, en el que se abordan las cuestiones comunes habida cuenta del carácter transversal de la norma y, el segundo, que analiza los distintos sistemas de guarda legal vigentes en España analizados desde la perspectiva de su adecuación a la citada Convención.

El primer capítulo comienza con un recorrido legislativo que parte del momento de la ratificación por parte de España de la Convención hasta la actualidad, lo que ha permitido evidenciar cómo poco a poco ha ido calando en nuestro Derecho la necesidad de garantizar de forma eficiente, efectiva y tangible a las personas con discapacidad el goce y el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales en condiciones de igualdad con las demás personas. En este sentido, el camino recorrido ha permitido evidenciar en primer lugar el largo período de tiempo que ha tenido que transcurrir para que comenzasen a notarse los efectos de las previsiones de la Convención de la ONU ratificada por nuestro país el 30 de marzo de 2007. Asimismo se ha podido constatar, sin duda alguna, que las normas de la Convención se han proyectado sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico y no exclusivamente en el ámbito del Derecho civil, de todo lo cual se da cumplida cuenta la introducción.

La presente monografía, sin desconocer la transversalidad y el carácter multidisciplinar de la materia, antes al contrario, como lo refleja el exhaustivo tratamiento de normas penales, administrativas etc., contiene un análisis desde una perspectiva fundamentalmente *ius privatista*, más concretamente como parte esencial del Derecho de la persona.

Por lo demás el capítulo I, habida cuenta de su marcado alcance general, abarca desde cuestiones terminológicas, la evolución del lenguaje en materia de discapacidad hasta la propia configuración del estado civil de la persona cuya

capacidad de obrar ha sido modificada judicialmente, lo que se venía denominando estado civil de incapacitado. A lo largo del capítulo la autora se esfuerza en poner de relieve el devenir de esta materia los cambios experimentados en los últimos años en los tres planos principales: legal, doctrinal y jurisprudencial los cuales por fin parecen discurrir en una misma dirección y en un mismo sentido que toma como guía los principios que derivan de las exigencias previstas en la Convención para que la igualdad de las personas con discapacidad sea una realidad social y jurídica ya alcanzada y abandone definitivamente el *status* de “materia novedosa” o del “deber ser”. Tanto es así que, a pesar de los lentos y titubeantes comienzos el panorama descrito y contrastado por la autora con abundante legislación y jurisprudencia resulta altamente positivo. Cada vez se afronta con mayor naturalidad la obligación de los poderes públicos y de las instituciones de remover cualquier obstáculo que impida o dificulte el ejercicio de derechos y libertades en plenas condiciones de igualdad por parte de las personas que adolecen de algún tipo de dificultad, mereciendo un claro juicio de reproche lo contrario; en definitiva la remoción de obstáculos y la garantía de acceso se erige en punto de partida incuestionable de cualquier iniciativa legislativa en cualquier ámbito. A lo que se añade la toma de conciencia en el ámbito jurisdiccional de que la restricción de la capacidad de obrar de la persona debe ser siempre una medida excepcional y adecuada a cada caso en concreto, a cada persona en particular. Vivimos en una sociedad globalizada, de producción en masa algo que parecía haberse colado también en el *modus operandi* de nuestros tribunales, sin embargo poco a poco se ha ido abandonando para dar paso a la adopción de medidas más acordes y consecuentes con la dignidad y la posición institucional de la persona centro de todo el ordenamiento jurídico. Como elocuentemente señala la autora, la justicia ha ido desterrando la práctica del blanco o negro, la dicotomía de la capacidad o la incapacidad total, dando entrada a una completa paleta de colores reflejo de la diversidad de supuestos que se encuentran detrás de una discapacidad.

Se reivindica la incapacitación como medida de protección que se limite a la restricción imprescindible de la capacidad de obrar y el confinamiento de cualesquiera otros intereses ajenos a lo que es el interés superior de la persona afectada y el respeto a su dignidad.

El capítulo segundo es el más extenso de la obra y en él se efectúa un análisis global de la normativa tutelar española a la luz de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tras varios años de vigencia. En concreto, se analizan las dos figuras de protección que tienen mayor raigambre en España –la tutela y la curatela–, y que son, además, las más aplicadas en la práctica. Otra característica general de este segundo capítulo es que el análisis se efectúa teniendo en cuenta tanto la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo –que ha dictado varias sentencias relevantes en esta materia– como los cambios legislativos operados para adaptar el ordenamiento español al referido instrumento internacional. En este marco, resulta de especial interés la contextualización de la figura de la tutela que se efectúa nada más comenzar el capítulo. Se hace un repaso de la evolución que se ha operado en la normativa española en los últimos treinta

años haciéndose especial hincapié en la reforma que tuvo lugar en 1983 que cambió la estructura de la figura; la incorporación al ordenamiento jurídico español de la, en su día, novedosa tutela “*por ministerio de la ley*”, lo que tuvo lugar por medio de la Ley 21/1987, aun cuando su regulación haya sido corregida y ampliada posteriormente por las leyes 1/1996, 41/2003, 54/2007 y 26/2015; el reconocimiento legal de las figuras de la autotutela y los poderes preventivos a fin de conceder mayor juego a la autonomía de la voluntad en esta materia; el hito que supone la Convención de la ONU al constituir un *cambio de perspectiva* o prisma; y, finalmente, la desjudicialización operada en materia tutelar por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Se trata de un repaso completo y riguroso, pero, a la vez, breve y fácil de leer. Así, se incluyen las sentencias más recientes, al tiempo que se tienen en cuenta los últimos informes del Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o, también, las diversas propuestas legislativas existentes para ultimar la adaptación de la normativa española a tal instrumento internacional.

Respecto de la polémica suscitada en España en torno al encaje o no de las figuras tutelares vigentes con la Convención, el autor se pronuncia de manera aquilatada considerando que son formalmente compatibles con la Convención siempre que se les dote de un contenido material más acorde con los principios que de ella se derivan: “respetando la actual *estructura formal*, se le puede dar ambas figuras (la tutela y la curatela) un *contenido material* más acorde a la Convención, en la medida en que se tenga en cuenta la voluntad del sujeto”. En efecto, “aun cuando la actual estructura de la tutela y curatela permitan los mecanismos de representación y sustitución global de la persona, admiten también que ésta se reduzca y se dé mayor autonomía al sujeto”, que, como es conocido, es uno de los pilares en que se apoya la Convención (cfr. arts. 3 y 12). En consecuencia, el carácter flexible y graduable de las figuras permite dar entrada a los denominados “sistemas de apoyo” sin que en todo caso la aplicación de la tutela deba concluir con “la plena y total anulación” de la capacidad del tutelado. En conclusión, tal y como señala el autor, “en las actuales circunstancias, y aun cuando no se haya llevado a cabo la referida labor legislativa que, en su caso, modifique las estructuras existentes, la Convención está llamada a jugar un papel importante, pues, como decimos, tiene el poder de “vivificarlas” de acuerdo con el espíritu de que está transido dicho instrumento internacional. De este manera, el ejercicio de la tutela y la curatela será acorde a la normativa de la Convención: serán *las mismas estructuras* pero desempeñadas con una *visión nueva*.”

Finalizado este apartado introductorio, se inicia el análisis detallado de la tutela. En lo atinente al régimen general se estudian los caracteres del cargo, cómo se ha de inscribir la tutela en los diversos registros, las prohibiciones legalmente establecidas para ser tutor (cfr. art. 221 CC), así como el eventual resarcimiento de los daños que se originen durante el desempeño de la función tutelar. Lógicamente, también se apuntan las especialidades que en materia tutelar ha introducido la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que, como es conocido, afectan a la competencia funcional y territorial para el conocimiento de tales materias –donde se da entrada al criterio de la “unidad de expediente” (cfr. art. 43 LJV)–, y a la no necesidad, con carácter general, de intervención de abogado y procurador.

El siguiente apartado se dedica a los elementos personales de la tutela. A nuestro juicio, resulta especialmente interesante la distinción que se realiza entre la tutela civil y la administrativa (cfr. art. 222 CC) así como la mención que se efectúa de los tutores personas jurídicas. Y es que en este campo se examinan tanto los requisitos para ser nombrados tutores como las causas de inhabilidad que lo impiden, a la vez que se apuntan las diversas entidades que pueden ser nombradas como tales, ya sean de carácter público ya de carácter privado. El interés de esta cuestión reside en que en la actualidad son cada vez más numerosas las tutelas que recaen sobre personas jurídicas –p. ej. fundaciones tutelares–.

Tras ello se encuentra un apartado que constituye el núcleo de la normativa tutelar pues en él se estudian tanto la constitución como el funcionamiento de la tutela. En lo que hace a la constitución de la tutela, junto con la iniciativa constituyente se analizan de manera separada los supuestos donde puede existir designación voluntaria (art. 223 CC), designación legal (arts. 234 CC) y aquellos donde puede haber designación dativa (art. 235 CC). En este ámbito se explican claramente cuáles son las atribuciones del juez en caso de que haya designaciones voluntarias o legales establecidas previamente y el modo en que ha de justificar las alteraciones que la legislación le permite. Como no podía ser de otro modo, se explica de manera exhaustiva la figura de la autotutela, los poderes preventivos y la prelación legal del artículo 234 CC. Igualmente se contiene una distinción sutil pero básica entre *designación, delación y constitución* de la tutela. Y, de acuerdo con ello, se apunta que, con la excepción la tutela legal (arts. 172 y 239 *bis* CC), en el ordenamiento jurídico español todo nombramiento de tutor es judicial haya o no designación personal y voluntaria previa.

Y en lo relativo al funcionamiento del instituto tutelar se analizan de manera detallada tanto las excusas para ser tutor, como las medidas de aseguramiento, o los casos en que cabe remover al así nombrado. Este apartado concluye con un epígrafe dedicado a las funciones del tutor donde se pone de manifiesto cómo el espíritu de la Convención ha de inspirar toda la actividad de aquél. En este sentido, especial cuidado se ha de tener para limitar el ámbito de la “representación legal” que el Código civil atribuye al tutor a fin de evitar una invasión en la autonomía de la voluntad del tutelado. O dicho en positivo: la representación no ha de existir cuando el propio tutelado pueda por sí solo efectuar los actos de que en cada caso se trate (cfr. art. 267 CC). En este ámbito, como se colige, “la sentencia constituye un elemento capital en la determinación de los actos que puede o no realizar por sí mismo, prevaleciendo lo en ella establecido sobre las reglas generales que para la realización de determinados actos contiene el Código”; materia que se estudia de manera pormenorizada en la obra comentada, dedicando especial empeño a los negocios jurídicos del Derecho de familia y a las más trascendentales sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal. Igualmente se aborda el examen de los actos para los que el tutor requiere autorización judicial (cfr. art. 271 CC).

El estudio de la tutela termina con un examen de los supuestos en que se extingue tal figura –y surge la obligación de rendir cuentas– y con un análisis detenido de la

tutela administrativa, tanto de los menores en situación de desamparo como de los mayores con capacidad judicialmente modificada; materia recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (LPIA).

La segunda parte de este capítulo se dedica al estudio de la curatela, figura tuitiva que “se caracteriza por tener primariamente un neto carácter patrimonial –aunque también pueda incidir en la dimensión personal del sujeto cuando de persona con capacidad judicialmente modificada se trata– y por cumplir una función de asistencia y no de representación”; aspectos todos ellos que se analizan de manera pormenorizada en la obra. Estos caracteres la convierten en la “figura que mejor se adapta a las previsiones de la Convención de la ONU de 2006”.

En definitiva, se trata de una obra cuidada, tanto en el fondo como en la forma, de obligada consulta para todos aquellos que deseen conocer los principales instrumentos civiles de protección de las personas con discapacidad existentes en el ordenamiento jurídico español.

