

PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS

por

Ignacio Sancho Gargallo

Comunicación leída en la sesión de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de
Catalunya

30 de noviembre de 2021

I. EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN JUDICIAL DE APOYOS

1. La implantación del art. 12 de la Convención de Nueva York

El sistema de provisión judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sustituye al régimen de incapacitación y tutela configurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

El nuevo sistema de provisión judicial de apoyos pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006. En su apartado 3, los Estados firmantes, entre ellos España, se comprometían a adoptar las medidas necesarias que las personas con discapacidad puedan precisar «en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Además, conforme al apartado 4, se preveía que la adaptación de las medidas de apoyo fueran ligadas a la adopción de las salvaguardias necesarias y adecuadas para impedir abusos.

La jurisprudencia, desde la STS 282/2009, de 29 de abril, había reinterpretado el sistema anterior de incapacitación (modificación de capacidad) y tutela, a luz de los principios que emanan de la Convención. Como argumentaba la STS 298/2017, de 16 de mayo, se trataba de poner el acento en que el sistema de apoyos al que alude la Convención estaba integrado en nuestro derecho por la guarda legal, en concreto por la tutela y la curatela:

«Desde esta perspectiva (los principios que emanan del art. 12 de la Convención) 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 sentencia 716/2015, de 15 de julio).

La modificación de capacidad, en cuanto que estaba supeditada a la necesidad de constituir el apoyo o la medida de protección necesaria, no era algo rígido, sino flexible. Debía adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasmaba en la graduación de la incapacidad: esta graduación podía 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 341/2014, de 1 de julio). Por lo que el Tribunal Supremo concebía el juicio de capacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, que permitía llevar a cabo lo que denominaba «traje a medida» (SSTS 341/2014, de 1 de julio, y 244/2015, de 13 de mayo).

2. Características del nuevo sistema de provisión de apoyos

El sistema de provisión judicial de apoyos se caracteriza porque no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona. Desaparece el juicio de incapacitación y la actuación judicial se centra en la provisión de apoyos, que vendría ser el equivalente al régimen de guarda legal anterior (tutela y curatela), pero con una configuración distinta.

Las características esenciales de este nuevo sistema pueden extraerse del art. 249 CC:

- i) En cuanto a sus destinatarios, es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica;
- ii) La finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»;
- iii) Las medidas de apoyo han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»;
- iv) Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de esta últimas;
- v) Y la provisión de las medidas debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

3. Apoyos susceptibles de provisión judicial

El art. 250 CC, al enunciar las medidas de apoyo, distingue entre las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Si por provisión judicial de las medidas entendemos que requieren de una resolución judicial para su adopción, en ese caso, dentro de esta categoría de medidas de apoyo de provisión judicial estarían tanto la curatela como el defensor judicial.

La curatela se aplica a quienes precisan el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá precisada por la resolución judicial que la acuerde, «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo».

Por su parte, el nombramiento de defensor judicial tiene un carácter ocasional, para cubrir una necesidad de apoyo puntual, aunque sea recurrente.

II. LA CURATELA

1. Configuración legal

1.1. Principios rectores que rigen la provisión de este apoyo

La curatela no se configura legalmente con un contenido predeterminado y común para cualquier caso, sino que bajo esta institución tienen cabida todas las medidas de apoyo continuado que pueda acordar el juez dentro de unos límites legales. En realidad, el nombre de la institución (curatela) no aporta una información precisa sobre el contenido y alcance de las medidas, pues lo esencial es el contenido de las medidas y las salvaguardias concretas que se hayan previsto en la resolución judicial.

En consonancia con la previsión general prevista en el art. 249 CC para cualquier medida de apoyo, el art. 268 CC prevé que las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos

- tienen que ser «proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise»,
- han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica»
- y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Parece que el nuevo sistema, **formalmente, prescinde del «interés superior de la persona con discapacidad»** como principio rector para la determinación del apoyo judicial.

Bajo la nueva regulación, si bien el «interés superior de la persona con discapacidad» no juega el mismo papel que sí se reconoce expresamente, respecto de los menores, al «interés superior del menor», el juez no puede prescindir totalmente de dicho interés, aunque sólo sea para la determinación de las salvaguardias a las que hace referencia el art. 12.4 de la Convención y que van estrechamente ligadas a la provisión de apoyos. Además, el interés de la persona con discapacidad subyace al juicio o valoración sobre la necesidad de la medida.

De hecho, en el interés de la persona con discapacidad es posible distinguir un aspecto objetivo, que iría ligado a la necesidad provocada por la discapacidad, y otro subjetivo, que tendría que ver con la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Ambos

criterios son tomados en consideración por el art. 268 CC como pauta para la determinación, en cada caso, del apoyo que supone la curatela.

1.2. El juicio de necesidad de la medida y la exigencia de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona

A la vista de reseñadas exigencias legales, la provisión judicial de apoyos mediante una curatela exige un juicio o valoración sobre la necesidad de la medida, para lo cual habrá que evaluar el impacto que la discapacidad provoca en la vida de esa persona y en qué medida precisa de un apoyo.

La medida no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el ejercicio de su capacidad y hay que atender a cuál pueda ser su voluntad, sus deseos y sus preferencias, en cuanto puedan llegar a conocerse.

En esta cuestión puede llegar a haber un punto de discordancia o cuando menos puede generarse una situación de perplejidad, cuando la provisión de apoyos venga instada por el ministerio fiscal, un familiar o cualquier tercero legitimado, y la persona afectada manifieste una voluntad contraria. Sin perjuicio de que en estos casos el expediente de jurisdicción voluntaria se transforme en un procedimiento contradictorio, la cuestión radica en hasta qué punto es posible adoptar una medida judicial de apoyo existiendo una voluntad contraria de la persona afectada.

Esta situación puede darse sobre todo cuando la discapacidad de esa persona proviene de un trastorno o enfermedad psíquica que distorsiona su entendimiento o la voluntad, y hace que sin tener conciencia de enfermedad no llegue a ser consciente de la contingencia que padece y sus graves consecuencias para el ejercicio de su capacidad jurídica. Del mismo modo que, cuando fuera necesario y con las garantías previstas en la ley, es posible el ingreso involuntario de una persona afectada por un trastorno psíquico, de igual modo podría ser procedente la adopción de una medida de apoyo en contra de la voluntad de una persona.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, en una sentencia dictada justo unos días después de la entrada en vigor del nuevo sistema legal de apoyos. En el caso resuelto por la STS 589/2021, de 8 de septiembre, lo actuado en el procedimiento había permitido constatar que la persona respecto de la que se solicitaba la provisión del apoyo padecía un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le llevaba a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandonaba su cuidado personal de higiene y alimentación. Esta persona carecía de conciencia sobre este trastorno y sus consecuencias, en concreto, no se percataba de las graves carencias de higiene y alimentación que tenía, así como del olor nauseabundo que desprendía el y su casa, que se percibía en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación había contribuido a una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos.

Era objetivo que el trastorno estaba degenerando en una degradación personal, sin que fuera consciente de ello. Incidía directamente en el ejercicio de su propia capacidad

jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y ponía en evidencia la necesidad que tenía de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.

Precisaba de la ayuda de otras personas que aseguraran la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdurara la falta de conciencia de su situación y rechazara la asistencia de los servicios sociales, fuera necesario suplir en esto su voluntad.

En este caso, el Tribunal Supremo se cuestiona hasta qué punto pueden acordarse medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona afectada y concluye que sí es posible, desde el momento en que la propia ley contempla esta posibilidad:

«La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que “la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo”, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado».

En lo que ahora interesa, esta sentencia dictada por el pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, fija jurisprudencia sobre cómo debe interpretarse la exigencia contenida en el art. 268 CC de que para la provisión de un apoyo judicial habrá que atender, en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias del afectado:

«En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

»Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como

ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

»No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

En cualquier caso, en estos casos, habrá que esmerarse más, si cabe, en ajustar la proporcionalidad de la medida a la necesidad, por el tiempo preciso y con las salvaguardias que pudieran apreciarse convenientes.

1.3. Duración de las medidas

La provisión de apoyos judiciales bajo la figura de la curatela, aunque tenga un carácter continuado, debe ser revisada periódicamente.

Con carácter general, la ley prevé que lo sea cada tres años. Si bien, excepcionalmente, para algunos casos en que por las características de la discapacidad es difícil apreciar un cambio o evolución positiva de la situación que ha hecho precisa las medidas, puede acordarse su revisión en un plazo superior, que no podrá exceder de seis años.

Dentro de estos límites legales, el juez puede fijar plazos de revisión inferiores y, como se afirma en el último párrafo del art. 268 CC, estas medidas judiciales pueden revisarse, «en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas».

1.4. Contenido de la curatela

El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución acuerde o modifique las medidas.

Bajo un principio de intervención mínima y de respecto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley trata de resaltar que, en principio, el contenido de la curatela debía estar constituido por medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Así, el párrafo segundo del art. 269 CC prevé que el juez deberá precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo».

Pero como la realidad al final es la que es, y la ley no puede llegar a cambiarla, por desgracia hay muchas personas cuya discapacidad ha llegado a un grado tan grande que le afecta a la consciencia y a la posibilidad de tomar decisiones sobre su persona y patrimonio, que por exigencias de la vida moderna necesariamente tendrían que ser tomadas (en atención a los intereses de esa persona con discapacidad). En esos casos, la necesidad se impone y se hace precisa la constitución de una curatela con funciones representativas. El párrafo tercero del art. 269 CC, al preverlo, remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

El art. 269 CC concluye con la previsión de que, en ningún caso, la resolución judicial podrá incluir la mera privación de derechos. Ineludiblemente, alguna de las medidas de apoyo que puedan llegar a adoptarse conllevará una merma o limitación de derechos, sobre todo cuando la curatela es representativa. Contando con eso, el art. 269 CC quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin que esta venga justificada por la necesidad de la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos».

1.5. Salvaguardias

La provisión judicial de medidas de apoyo, en este caso la curatela, se complementa con la previsión de las salvaguardias necesarias, medidas de control «para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida». Como advierte la exposición de motivos, estas salvaguardias han de ser proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, y han de adaptarse a la persona.

Pueden establecerse en la propia resolución judicial que acuerda la medida de apoyo (curatela), o en cualquier otra posteriormente adoptada, ordinariamente, como reacción ante la noticia o sospecha de un abuso o riesgo de actuación perjudicial para quien precisa el apoyo. En cualquier caso, advertida su procedencia, deberán aplicarse en el plazo más breve posible.

Y, en cualquier caso, al igual que las propias medidas de apoyo, las salvaguardias han de estar sujetas al examen periódico del juez.

La experiencia pone de manifiesto que la mejor salvaguardia es establecer el cauce y la necesidad de informar sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad afectada por la medida de apoyo. Es difícil que el órgano judicial pueda llegar a conocer de las disfuncionalidades que pudieran darse en el ejercicio de estas medidas, si no hay alguien que conozca lo que está ocurriendo, o el riesgo de que pueda ocurrir, y lo ponga en conocimiento del juzgado. Al mismo tiempo existe un riesgo de que el reseñado deber de información del curador y la consiguiente supervisión judicial del ejercicio de la curatela acabe por estereotiparse, y ser al final una formalidad más. El éxito de la reforma, a mi juicio, no sólo radica en la correcta provisión de los apoyos judiciales, sino también en el control del ejercicio de la curatela.

Para evitar este riesgo, me parece que sería oportuno que fuera el Ministerio Fiscal quien realizara un control más incisivo y personal de la aplicación de las medidas judiciales, para proponer, en su caso, la intervención judicial que fuera oportuna. El fiscal puede realizar esta función de manera más flexible y, además, puede percibirse mejor como una actuación ordinaria, de ayuda y colaboración, y no tanto fiscalizadora.

2. Objeto de enjuiciamiento para la provisión de este apoyo

La provisión judicial de apoyos que conlleva el establecimiento de una curatela, en realidad, supone un doble enjuiciamiento.

i) El juez, en primer lugar, ha de decidir si procede establecer esta medida de apoyo y, en caso afirmativo, precisar el alcance de la medida, esto es: si es simplemente asistencial y para que actos; y si el curador adquiere alguna función de representación y para que actos; así como las salvaguardias que se precisen en cada caso.

ii) Además, en segundo lugar, el juez ha de nombrar el curador, esto es, determinar quién se hará cargo de la curatela, con las funciones que previamente se hubieran determinado.

Y el cauce procesal a través del cual se llegan a adoptar ambas decisiones judiciales es, con carácter general, un expediente de jurisdicción voluntaria y, en caso de una efectiva oposición, un juicio especial contradictorio.

2.1. Procedencia de la curatela y su contenido

El juicio sobre la procedencia de la curatela y su contenido debe ajustarse a los principios, antes reseñados, previstos en el art. 268 CC. Estas medidas y su alcance han de guardar proporción con las necesidades de la persona que las precise, respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Como he apuntado antes, la adopción de la medida requiere de un juicio de capacidad de la persona afectada, pues la exigencia de la proporcionalidad de las medidas con las necesidades de la persona que las precisa presupone la necesidad, que viene a su vez determinada por la concreta discapacidad de la persona y sus circunstancias vitales. Como quiera que la provisión de apoyos a una persona con discapacidad tiene por

finalidad «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC), es lógico que el juez, al determinar la medida y su alcance, trate de respetar la máxima autonomía del afectado en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y que, para juzgar sobre todo ello, tenga en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

De este modo, la provisión judicial de apoyos que suponga una curatela y la determinación de su contenido, sigue siendo un traje a medida, en cuanto que bajo los principios antes descritos que condensan la *ratio* de la reforma, el juez ha valorar las concretas necesidades de la persona, a la vista de su discapacidad y de su situación vital, para, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias, adoptar las medidas más apropiadas para esa persona y en ese momento de su vida. Ahora más que nunca se ha de huir de un juicio estandarizado y hay que personalizarlo al máximo.

Para realizar este traje a medida, de acuerdo con la *ratio* de la reforma, sigue siendo esencial la entrevista personal y conocer muy bien la situación asistencial y médica de la persona. Y ello tanto si el enjuiciamiento discurre por el cauce de la jurisdicción voluntaria, sin expresa contradicción, como si lo hace por el juicio contradictorio.

Por otra parte, el interesado (la persona con discapacidad) podría haber manifestado con antelación su voluntad, deseos o preferencias al respecto, por ejemplo en el documento de autocuratela. Así, de conformidad con el art. 271 CC, es posible que, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás», no sólo hubiera dispuesto quien y quien no debería hacerse cargo de su curatela, sino también podría haber establecido «disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes». También las salvaguardias de control que afecten a la retribución del curador, la obligación de hacer inventario o su dispensa y las medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

En principio, el juez debe atender a estas previsiones, salvo que, como prevé el art. 272.2 CC, existan «circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones», que justifiquen no seguirlas.

En cualquier caso, es lógico que la determinación de la medida (la procedencia de la curatela y su concreto contenido) esté también vinculada con quién asuma la curatela y las salvaguardas que proceda acordar.

2.2. Nombramiento del curador

i) El segundo enjuiciamiento, el nombramiento del curador, viene en parte pautado por el art. 276 CC. La norma atiende en primer lugar a si existe autocuratela de acuerdo con lo regulado en el art. 271 CC.

En principio, habrá que atender a la expresa previsión que sobre las personas que deberían ser nombradas o que no deberían serlo, en previsión de la concurrencia de

circunstancias que pudieran dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, hubiera realizado el interesado. Estas previsiones vinculan al juez, a la hora de nombrar la persona que deba ejercer la curatela.

Solo podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, mediante resolución motivada, «si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones». Estas circunstancias no tienen por qué ser necesariamente anteriores a la emisión de ese documento, sino que pueden ser también posteriores. Pero no cualquier cambio de circunstancias justificaría prescindir de esas disposiciones voluntarias, sino sólo aquellas que razonablemente llevarían a pensar que el interesado no mantendría ahora, total o parcialmente, esa voluntad anticipada.

La STS 706/2021, de 19 de octubre, acaba de pronunciarse al respecto, en un caso en que una persona había realizado en un testamento una designación de quién debía asumir su tutela para el caso en que fuera necesario, como consecuencia de una discapacidad sobrevenida, y quien no (entre los que se encontraban tres de sus hijos y cualquier institución tutelar); el juzgado había nombrado tutora a una entidad pública porque la designada en la autotutela carecía de idoneidad para el cargo y en atención al conflicto familiar que existía entre los hijos de la persona con discapacidad; y la Audiencia dejó sin efecto el nombramiento de esa entidad pública y designó a dos hermanos de forma mancomunada para el cargo de tutor, uno de los cuales estaba excluido en el documento de autotutela, con la justificación de que estuvieran representados los dos grupos familiares enfrentados.

El Tribunal Supremo advierte que el juicio sobre la inidoneidad de una persona para la función de curador corresponde al juez, quien debe motivarlo en su resolución, que sea suficiente una remisión a la valoración realizada por los equipos psicosociales:

«(...) corresponde a los tribunales de justicia, y no a los servicios psicosociales, determinar la inidoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora. Los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que son éstos y no aquellos equipos, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción».

»Pues bien, la resolución recurrida no exterioriza las razones, que necesariamente debían concurrir, para prescindir de la persona designada, en primer lugar, por la demandada, para el ejercicio del cargo de tutora (actualmente curadora), (...) con la que convive desde hace años y asume de facto el papel de cuidadora principal, sin que baste al respecto la mera remisión, sin valoración crítica alguna, al informe elaborado por los servicios psicosociales, que dan una simple opinión, que debe ser apreciada críticamente, y, además, en el marco propio de las connotaciones jurídicas del proceso, lo que no se hace por la Audiencia. (...)

»En definitiva, la argumentación de la sentencia recurrida es pobre, insuficiente y desligada de las circunstancias del proceso, amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se lleven bien entre sí y mal con los otros tres, adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada. Como igualmente lo es la invocación de la regla general del control institucional del ejercicio de la tutela mancomunada, que no introduce ningún elemento diferenciador al ser común a las medidas judiciales de apoyo (art. 270 CC). Tampoco conforma motivación, la abstracta invocación del principio de inmediación, que no puede servir de pretexto para adoptar cualquier clase de decisión, en tanto en cuanto es un instrumento de proximidad para la mejor valoración de lo actuado, pero que no exime del deber constitucional de motivar la decisión, en conexión a las concretas circunstancias fácticas y jurídicas del proceso.

»La jurisprudencia de esta Sala (...) exigía, para prescindir de la autotutela y del orden legal preestablecido (...), una motivación reforzada de la que carece manifiestamente la sentencia recurrida (...).»

ii) El art. 274 CC también permite que el interesado hubiera delegado en otra persona la elección del curador de entre una determinada relación de personas. También en este caso, el juez estará vinculado por la designación realizada por quien se tuviera delegada esta elección.

En defecto de cualquiera de estas designaciones realizadas directa o indirectamente por el interesado, de forma anticipada mediante una autocuratela, el art. 276 CC establece un orden de personas llamadas a asumir la curatela:

1º El cónyuge, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

2º El hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3º El progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4º La persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5º Quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6º El hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7º Fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

A la hora de designar al curador, el juez debe seguir este orden legal, pero puede

alterarlo, una vez oída la persona que precise el apoyo. Se entiende, esto último, que con idea de conocer su voluntad y para actuar en función de ella. Y cuando no fuera posible conocerla, la ley dispone que el juez «podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

iii) Siempre partiendo de todo lo anterior sobre el carácter vinculante de la autotutela y el modo de proceder cuando opere el orden prelación legal, el art. 277 CC permite que puedan ser designadas varias personas para ejercer la tutela. Esta designación plural ha de venir justificada por «la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo».

iv) Aunque el art. 277 CC prevé en particular la posibilidad de separar «como cargos distintos los de tutor de la persona y tutor de los bienes», no hay inconveniente que se designen varias personas para las mismas funciones, aunque el juez debe entonces fijar «el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo».