“más allá de la capacidad de entender y querer...

Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español

Ganador

Primer Premio Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad

Inmaculada Vivas Tesón

Observatorio estatal de la Discapacidad



Ganador de la Primera Edición
del Premio de Investigación
del Observatorio Estatal de la Discapacidad

Inmaculada Vivas Tesón

Más allá de la capacidad de entender y querer
Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español

AUTOR: Inmaculada Vivas Tesón

EDITA: FUTUEX - Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad

Cuidado de la Edición: Observatorio Estatal de la Discapacidad

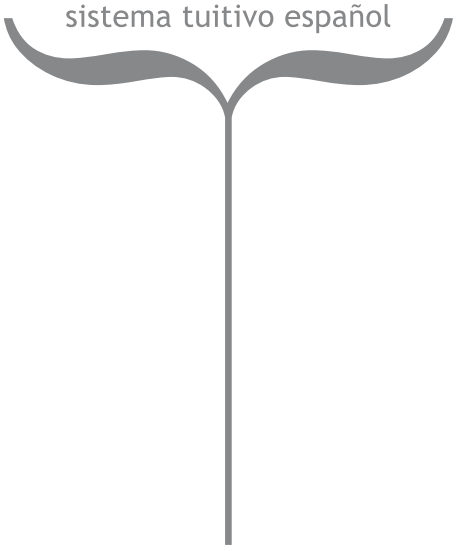
Avda. Villarreal s/n
06100 Olivenza (Badajoz)
Tel.: (+34) 924 490 689
publicaciones@observatoriodeladiscapacidad.es
www.observatoriodeladiscapacidad.es

Depósito Legal: BA-53/2012

I.S.B.N: 978-84-695-2420-6

“más allá de la capacidad de entender y querer...

Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español



índice

ABREVIATURAS 13

CAPÍTULO PRELIMINAR 17

INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO....17
AGRADECIMIENTO....22
ESTADO DE LA CUESTIÓN....23

CAPÍTULO I: LA LEY ITALIANA 6/2004, DE 6 DE ENERO 33

1.1. LA RATIO LEGIS: LA IMPORTANCIA DE LA PERSONA MÁS ALLÁ DE LA DISCAPACIDAD....33
1.2. SUS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS....36
1.3. UNA MIRADA HACIA OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS EUROPEAS....38
1.3.1. Francia
1.3.2. Austria
1.3.3. Alemania
1.3.4. Inglaterra
1.3.5. España
1.4. CONTENIDO DE LA LEY....52

CAPÍTULO II: UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO 61

2.1. UN APUNTE ACERCA DE SU NOMEN IURIS....61
2.2. UNA INSTITUCIÓN EN PERFECTA SINTONÍA CON EL ESPÍRITU DE LA CONVENCIÓN ONU: "LA MENOR LIMITACIÓN POSIBLE DE LA CAPACIDAD"....62
2.3. PRINCIPALES NOTAS DISTINTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO....63
2.4. EL DIFÍCIL TRAZADO DE LA LÍNEA FRONTERIZA ENTRE ADMINISTRACIÓN DE APOYO E INCAPACITACION JUDICIAL....64
2.4.1. La cuestión más difícil de resolver de la Ley 6/2004
2.4.2. El carácter residual de la incapacitación judicial

CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIDA PROTECTORA 75

3.1. SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO....75
3.2. LÍNEAS GENERALES ACERCA DE LA ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE APOYO....79

ATREVIDAS CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA* PARA UNA REFORMA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS NO AUTÓNOMAS 85

ANEXO LEGISLATIVO 89

ANEXO JURISPRUDENCIAL 101

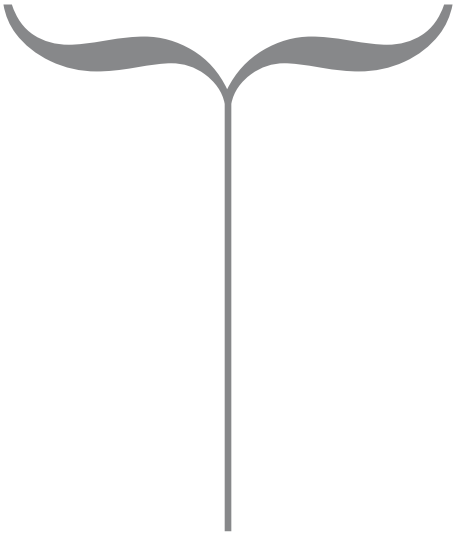
ANEXO BIBLIOGRÁFICO 105

abreviaturas

ABREVIATURAS

AAVV.	*Autores Varios*
Act. Civ.	*Actualidad Civil*
Ads	*Amministratore di sostegno*
AP	*Audiencia Provincial*
apdo./apdos.	*apartado/s*
art./arts.	*Artículo/s*
BOE	*Boletín Oficial del Estado*
Cass.	*Corte di Cassazione italiana (equivalente a nuestro TS)*
C.c.	*Código civil*
Cap.	*Capítulo*
CE	*Constitución Española*
C.F.	*Código de Familia de Cataluña*
Corr. Giur.	*Corriere Giuridico*
CP	*Código Penal*
D.	*Decreto*
Dir. fam. e persone	*Rivista Il Diritto di Famiglia e delle persone*
Disp. Ad.	*Disposición Adicional*
Disp. Fin.	*Disposición Final*
Disp. Trans.	*Disposición Transitoria*
DOUE	*Diario Oficial de la Unión Europea*
EM	*Exposición de Motivos*
Enc. Giur.	*Enciclopedia Giuridica*
Fam. e Dir.	*Rivista Famiglia e Diritto*
Fam., pers. succ.	*Rivista Famiglia, persone e successioni*
FJ.	*Fundamento Jurídico*
Giur. It.	*Giurisprudenza italiana*
Giur. Merito	*Giurisprudenza di Merito*
LEC-2000	*Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*
LPPD	*Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*
Nuova. Giur. Civ. e comm.	*Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*
p./pp.	*página/s*
pfo.	*párrafo*
R.	*Resolución*
RCDI	*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*
RD	*Real Decreto*
RDN	*Revista de Derecho Notarial*
RDP	*Revista de Derecho Privado*
RDPat.	*Revista de Derecho Patrimonial*
RGD	*Revista General de Derecho*
RGLJ	*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*
Riv. Dir. Civ.	*Rivista di Diritto Civile*
RJN	*Revista Jurídica del Notariado*
S.	*Sentencia*
ss.	*siguientes*
STC	*Sentencia del Tribunal Constitucional*
STS/SSTS.	*Sentencia/s del Tribunal Supremo (salvo que otra cosa se indique, de la Sala 1ª)*
TS	*Tribunal Supremo*
Vid.	*Véase*

capítulo preliminar



"El mejor momento para plantar un árbol fue hace veinte años.
El segundo mejor momento es ahora"
Viejo proverbio africano

CAPÍTULO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Hace ya algunos años tuve la inmensa suerte de acercarme a un maravilloso y enriquecedor mundo hasta entonces, he de confesar, completamente desconocido, repleto de experiencias vitales, emociones y sentimientos, pero también de incomprensibles marginaciones y absurdas etiquetas, en el cual, pese a que se estaba trabajando sobremanera, quedaban (y aún quedan) muchas cosas por hacer. Desde dicho momento estoy apasionadamente *"enganchada"* a él y no creo que pueda *"desengancharme"* jamás.

Desde mi pequeño rincón universitario (tan grande, si reparamos en el hecho de tener en mis manos el conocimiento y la enorme responsabilidad de transmitirlo adecuadamente a cientos de personas, en su inmensa mayoría, jóvenes), siento la necesidad de aportar un modesto grano de arena, razón por la cual vengo concienciando a mis alumnos del trascendental rol social que desempeñan en el mundo de la discapacidad y, siempre que me es posible, divulgo mi labor investigadora (por supuesto, incompleta) a través de mis publicaciones científicas y ponencias en Congresos de diversa índole y proyección.

En estos años, he tenido ocasión de estudiar, pormenorizadamente, la protección jurídico-privada de las personas con discapacidad, vulnerables y dependientes, que, en nuestro país, son alrededor de, nada más y nada menos, un 8,5% de la población[1].

Desde el año 2003[2], "*Año Europeo de las personas con discapacidad"*[3], nuestro legislador nos viene obsequiando, en cumplimiento del deber de los poderes públicos de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos en situación de vulnerabilidad social impuesto por el art. 49 de nuestra Constitución de 1978[4], con una profusa normativa dirigida a mejorar la calidad de vida de las personas con

[1] Dato extraído de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia –EDAD- del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008.
[2] En dicho año, las estadísticas (según la oficina Eurostat) indicaban que 38 millones de europeos tenían algún tipo de discapacidad (a título de curiosidad, Finlandia era el país con mayor número de personas con discapacidad, con un 23% de su población, mientras que Bélgica, Irlanda e Italia -alrededor de un 7,8%- eran los países con menor porcentaje), bien sea física, psíquica o sensorial, esto es, un 14,5% de la población total de la UE entre 16 y 64 años, distinguiendo que un 10% eran personas con discapacidad moderada y un 4,5% con discapacidad severa. Por sexos, la población femenina con discapacidad superaba a la masculina.
[3] Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, publicado en el DOUE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.
Interesante resulta la propuesta realizada por la Presidencia española de la UE con el fin de que el año 2012 sea el "Año del Envejecimiento Activo y de Solidaridad entre Generaciones", la cual ha sido respaldada por el Parlamento Europeo y el Consejo.
[4] Para un análisis de dicho precepto constitucional, *vid.* TORRES DEL MORAL, A./VILLARRUBIA GONZÁLEZ, Mª. L.: "La constitucionalización de los derechos del minusválido", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 2, 1979, pp. 51-94.

discapacidad a través de diversas medidas jurídico-privadas (por tanto, al margen de las asistenciales que el Estado despliegue, cuando proceda, a través de prestaciones sociales, subvenciones, ayudas, etc.) que les brinden mayor autonomía y bienestar.

Con anterioridad, el legislador civil sólo atendía a las personas con discapacidad a través de escasas y deficientes medidas protectoras, fundamentalmente, la incapacitación judicial (y el sometimiento al correspondiente sistema de guarda) y la posibilidad de impugnar los actos jurídicos celebrados por una persona sin la capacidad jurídicamente requerida para ello.

Ahora contamos, por fortuna, con diversos instrumentos jurídicos, los cuales han sido legalmente concebidos como soluciones ortopédicas, nunca mutiladoras de la capacidad de la persona, pues éstas atentarían, frontalmente, contra sus derechos fundamentales y, en última instancia, contra su valiosa dignidad.

Reviste capital importancia que tales herramientas sean conocidas por las personas con discapacidad, sus familiares (quienes viven con enorme angustia y preocupación el presente y futuro de sus seres queridos y se encuentran, con gran frecuencia y comprensiblemente, muy desorientados), los profesionales relacionados con ellas (quienes, desde muy diversos ámbitos, realizan, cada día, una encomiable labor, nunca suficientemente reconocida y valorada) y, cómo no, cada uno de nosotros, fundamentales piezas (aún pequeñísimas) de un puzzle que todos, sin excepción, debemos completar.

Lamentablemente, son aún muy pocas las personas que saben que si se nos diagnostica una enfermedad degenerativa que afecte a nuestra capacidad intelectiva (p. ej. Alzheimer) y que, previsiblemente, dada su irreversibilidad, podría conducirnos a una futura incapacitación, podemos, todavía en plenitud de nuestras facultades cognitivas y volitivas, otorgar una escritura pública de autotutela en la cual designar quién o quiénes deseamos que se encargue de nuestra protección en caso de que seamos declarados judicialmente incapaces, estableciendo, además, las directrices que ordenarán la forma de ejercicio y control de dicha guarda e, incluso, la expresa exclusión de alguna persona para ejercer tales funciones tutelares. En el correspondiente procedimiento de incapacitación, el juez, a la hora de nombrar tutor, deberá respetar la designación realizada en la escritura de autotutela, prefiriendo a la persona deseada por el propio tutelado sobre las demás (si bien el Juez puede, excepcional y motivadamente, alterar el orden de delación cuando así convenga al beneficio e interés superior de la persona incapacitada). Se trata, sin duda, de una herramienta jurídica que, pese a pasar inadvertida, es sumamente respetuosa con la capacidad de autodeterminación de la persona y presenta una enorme virtualidad práctica, además de estar al alcance del bolsillo de cualquier persona.

Asimismo, he tenido la oportunidad de ocuparme con detenimiento del estudio de otras herramientas que nuestro actual Derecho civil ofrece para proteger a una persona vulnerable.

Entre los mecanismos *inter vivos*, junto a la citada autotutela, nos encontramos con el apoderamiento preventivo, el contrato de alimentos, el patrimonio protegido y la hipoteca

inversa; dentro de las disposiciones *mortis causa* contamos con la posibilidad de gravar la legítima estricta a través de una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, una nueva causa de indignidad por la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, la constitución (voluntaria o legal) de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario con discapacidad y la exclusión de la colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

Si innegables son las bondades que presentan tales herramientas tuitivas, no es menos cierto que su aplicación práctica requiere, con urgencia: necesarios ajustes normativos, pues, en ocasiones, se da pie a un inaceptable agravio comparativo entre personas con discapacidad debidamente acreditada (bien psíquica -33%-, bien física o sensorial -65%-)[5] y personas incapacitadas judicialmente que, por el mero hecho de no haber tramitado el pertinente certificado administrativo de discapacidad, no pueden gozar de algunas de las medidas protectoras legalmente contempladas[6]; importantes incentivos fiscales que impulsen, definitivamente, la efectiva utilización de ciertos mecanismos, como es el caso del patrimonio especialmente protegido (promesa del Gobierno, por ahora, pendiente de cumplimiento); así como dar respuesta a los numerosos interrogantes que la letra de la ley

[5] Al respecto, *vid.* VIVAS TESON, I.: "La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía", en Diario la Ley, Nº 7292, Sección Doctrina, 26 nov. 2009, Año XXX, Ref. D-364, pp. 4-9 y "Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad,* coord. por S. DE SALAS MURILLO, Zaragoza, 2010, pp. 1053-1083.

[6] Sirva de ejemplo el art. 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), que establece, para el administrador del patrimonio protegido, la necesidad de solicitar autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los arts. 271 y 272 C.c. o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho civil, foral o especial que fueran aplicables, salvo que el titular del patrimonio tenga capacidad de obrar suficiente, disponiendo que "*en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*". Ello crea un agravio comparativo respecto a los bienes o derechos de una persona incapacitada judicialmente, cuestión sobre la que se ha pronunciado la SAP de Cantabria (Sección 2ª), de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008, 277), que considera que el art. 5.2 LPPD es directamente aplicable a la venta de bienes de incapacitados "*sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, en el caso contrario estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley 41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subastas en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil"* (FJ. 1º). Al respecto, puede consultarse el reciente trabajo de GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "La superación de la subasta pública judicial como procedimiento para la enajenación de ciertos bienes de incapacitados y menores sometidos a tutela", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, S. DE SALAS MURILLO (coord.), cit., pp. 565-584.

Asimismo, la LPPD introduce una nueva causa de indignidad sucesoria por la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida. Al aludirse sólo a la persona con discapacidad, ¿quiere ello decir que negarle atenciones debidas a una persona declarada judicialmente incapaz no es causa de indignidad sucesoria?

A mi juicio, el legislador debería recoger expresamente, a los efectos civiles, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad, tal vez, mediante una misma denominación comprensiva de ambas situaciones, la cual podría ser, por ejemplo, la de "personas no autónomas", "personas no autosuficientes" o "personas vulnerables", puesto que la actual distinción legal, a veces, resulta artificiosa y sin sentido, al impedir el pleno disfrute de derechos.

suscita y que, a día de hoy, aún están en el aire, no habiendo faltado ocasión para resolverlos normativamente[7].

Hito legislativo (y, debería añadirse, sociocultural) de enorme repercusión que, en mi opinión, supone un punto de inflexión al marcar un antes y un después, lo es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006[8], la cual ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos humanos a los ya proclamados en otros Acuerdos Internacionales, que no los establece, pues, por su condición de universales, se predican de todos los hombres y mujeres sin excepción, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad[9].

El propósito de la Convención es promover, proteger y garantizar el disfrute pleno, igualitario y efectivo del conjunto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Cubre una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y la rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y no discriminación, contemplando acciones positivas, siendo, precisamente, ello lo que la separa de otros instrumentos normativos que la han precedido en el tiempo.

Se trata, sin más, de una nueva manera de pensar y afrontar la discapacidad, tradicionalmente abordada, casi de manera exclusiva, a través de políticas sociales asistencialistas o sanitarias fundamentadas en prestaciones y no en derechos, propias de un modelo médico,

[7] Con la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la LPPD se ha perdido, sin duda, una magnífica ocasión para resolver las dudas generadas por la aplicación de la LPPD durante sus seis años de vigencia.

[8] Acerca de la Convención, *vid.*, entre otros, CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Madrid, 2007; RUBIO TORRANO, E.: "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14, pp. 11-13 e INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"*: La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español*, Madrid, 2008.

[9] Los principios generales de la Convención, recogidos en su art. 3, son: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre hombre y mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y de las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, mujeres y niños que son dos subgrupos aún más vulnerables dentro del grupo de personas con discapacidad.
Ciertamente, tales principios ya estaban recogidos en los enunciados de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (más conocida como LIONDAU), sin embargo, la Convención supone un cambio en el concepto de discapacidad, puesto que pasa a considerarla como una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social.
En este sentido, MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Deusto (Bilbao), 2008, p. 60, para quien "*el propósito de la Convención es promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Cubre una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y la rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y no discriminación. La Convención marca un cambio en el concepto de discapacidad, pasando de una preocupación en materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos, que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad.*
Esta Convención no crea nuevos derechos, lo que hace es expresar los derechos existentes en una forma que atiende a las necesidades y la situación de las personas con discapacidad".

rehabilitador o proteccionista en el tratamiento de la discapacidad. Las personas con discapacidad y sus familias son, por fin, tras tres décadas de intensos trabajos, *"visibles".*

La ratificación, por parte de España, de la Convención ONU[10] y de su Protocolo Facultativo[11], confirma su sólido compromiso por promover la plena y efectiva integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, garantizando sus derechos y, por encima de todo, su dignidad, la cual no puede quedar reducida a una fórmula lingüística meramente retórica.

Así las cosas, la recepción de la Convención por el Ordenamiento español, del cual ha pasado a formar parte en virtud de lo dispuesto en los arts. 96.1 CE y 1.5 C.c., obliga a proceder a una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda, exactamente, con los principios, valores y mandatos proclamados en dicho Tratado internacional, debiendo, por consiguiente, adaptar nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de igualdad. Actualmente, estamos inmersos en dicho proceso de supresión de normas vigentes discriminatorias y, cuando sea necesario, reformulación legislativa y a la espera de una anunciada reforma del procedimiento de incapacitación judicial, el cual pasará a denominarse procedimiento de "*modificación de la capacidad de obrar"*[12]*,* siendo preciso y, creo, oportuno y justo en estos momentos, hacer una profunda y pausada reflexión acerca de si nuestros actuales mecanismos de protección responden o no al modelo social de discapacidad proclamado por la Convención ONU, adecuándose a todas y cada una de las situaciones en las cuales pueden encontrarse las personas no autónomas.

Mirando más allá de nuestras fronteras, en busca de alternativas convincentes contempladas por otros países que están modernizando su legislación con el fin de responder a los nuevos desafíos sociales y que podrían ser, eventualmente, importadas a nuestro Ordenamiento, encuentro de sumo interés la institución tuitiva italiana de la "*amministrazione di sostegno*" (la cual podría traducirse como "*administración de apoyo*"), dirigida a tutelar a la persona más que a su patrimonio, a la cual, a mi entender y tras haber realizado un pormenorizado estudio *in situ* de dicha figura, el legislador español debiera prestar especial atención, pues se encuentra en perfecta sintonía con el espíritu de la Convención ONU, destacadamente, con el reconocimiento que en su Preámbulo, letra n) hace a *"la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones"*.

Un primer paso acaba de darlo Cataluña, que en su Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia[13]*,* con entrada en vigor el 1 de enero de 2011, contempla, junto con las tradicionales instituciones de protección de la persona incapacitada (tutela, curatela y defensor judicial), un nuevo régimen, la asistencia, el cual, como tendremos ocasión de ver, no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad.

[10] BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.
[11] BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.
[12] En concreto, *vid.* Disp. Final 1ª de la citada Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD.
[13] BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

AGRADECIMIENTOS

La concesión de una ayuda por parte del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Sevilla me ha permitido disfrutar, recientemente, de una estancia investigadora en el Dipartimento di Diritto Privato "*Ugo Natoli*" de la Universidad degli Studi di Pisa (Italia), durante la cual he tenido la magnífica ocasión de profundizar en el estudio de la institución italiana de la *"administración de apoyo"* (*"amministrazione di sostegno*"), fruto del cual son estas páginas.

Debo manifestar mi más sincero agradecimiento a la Profesora Elena Bargelli, por la extraordinaria y generosa ayuda (tanto académica, como personal) que me ha brindado, en todo momento, durante el desarrollo de mi investigación; jamás podré olvidarla.

Agradezco, enormemente, a los Profesores Umberto Breccia, Francesca Giardina, Emanuela Navarretta y Enza Pellecchia sus atenciones y valiosas indicaciones bibliográficas, a pesar de sus escasos momentos libres entre exámenes y tribunales de defensa de tesis di laurea.

No puedo dejar de agradecer la permanente disponibilidad e infinita paciencia que, en todo momento, he encontrado en el personal de la Biblioteca y de la Secretaría del Dipartimento di Diritto Privato, que, en todo momento, me ha facilitado la búsqueda y acceso a la información necesaria para realizar la presente labor investigadora.

Por último, quiero agradecer a mis familiares (ítalo-españoles) y personas allegadas el gran esfuerzo que han realizado para que yo, esposa y madre de dos niños de corta edad, haya podido disfrutar de un período investigador en las preciosas tierras toscanas; sin ellos, no hubiera sido posible.

A todos y cada uno, muchísimas gracias.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

El sabor algo anticuado de nuestro Código civil (aun teniéndose presente que la normativa reguladora de la materia que nos ocupa no es la originaria de 1889) se ha acentuado, aún más si cabe, tras la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[14], hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual, fruto de un complejo recorrido que inicia en los años 70 a partir de la adopción por la Asamblea General de importantes Declaraciones[15], ha marcado un antes y un después en cuanto a la consideración de

[14] Recuérdese que nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la LPPD lleva por rúbrica "*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*" (no "*discapacitadas*"), estableciendo en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los "*minusválidos*" y a las "*personas con minusvalía*", se entenderán realizadas a "*personas con discapacidad*", y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.
Tal ha sido el término empleado en la Convención de Naciones Unidas, en cuyo Preámbulo se reconoce que *"e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*
De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disp. Ad. 8ª de la Ley 39/2006 y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el RD. 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término "*minusvalía*" por el de "*discapacidad*", y las referencias que en el RD. 1971/1999 se realizaban hasta ahora a "*grado de discapacidad*" se sustituyen por "*grado de las limitaciones en la actividad*". Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo "*minusvalía*".
Recuérdese que, bajo esta misma óptica revisora de la terminología, el legislador ha asumido el compromiso de reformar, próximamente, los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse "*procedimientos de modificación de la capacidad de obrar"*, nomenclatura, expresada en términos positivos, mucho más respetuosa con la persona y su derecho al ejercicio de su capacidad de obrar, el cual implica autonomía e independencia individual, así como libertad de tomar sus propias decisiones.

[15] Llama poderosamente la atención la casi total ausencia de específicos Tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, pese a ser uno de los grupos particularmente vulnerables**,** si no el que más (si lo consideramos en relación a los otros grupos, en la medida en que una mujer, un niño, un indígena, etc., es más vulnerable aún si tiene una discapacidad, de manera que queda más expuesto al peligro de que no sean respetados sus derechos humanos), hasta 2006, en el marco de las Naciones Unidas.
Los Tratados, bien se limitan a reconocer el derecho a la no discriminación, o bien incluyen sólo, marginalmente, algunas referencias a las personas con discapacidad dentro de una línea social asistencial (p. ej. los arts. 1 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 9, 11.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
Fue la Asamblea General de la ONU la que, basándose en la Carta Internacional de Derechos Humanos, proclamó los primeros documentos que específicamente contemplaban normas explícitas para las personas con discapacidad, entre otros:

- la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, mediante Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.
- la Declaración de los Derechos de los Impedidos, mediante la Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.
- los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, mediante la Resolución 46/199, de 17 de diciembre de 1991.
- las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas mediante Resolución 46/96, de 20 de diciembre de 1993.
- la Resolución 1998/31 de la Comisión de Derechos Humanos: Los derechos humanos y las personas con discapacidad.

Podría afirmarse, sin temor a errar, que los trabajos que viene realizando desde los años 70, sin cesar, la ONU, representan las acciones más importantes llevadas a cabo por una organización internacional en materia de discapacidad, lo que ha permitido una toma de conciencia internacional acerca de los derechos humanos de estas personas vulnerables que, durante mucho tiempo, han permanecido prácticamente invisibles. Fruto de los trabajos de varias décadas lo es la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se erige en el primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del Siglo XXI, la *"Carta Magna de la Discapacidad"*.
Fuera del ámbito de Naciones Unidas, destacan, dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, los arts. 11.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana

la persona más allá de su discapacidad, llevando a cabo, a nivel mundial, una auténtica transformación cultural.

Con la Convención se pone de manifiesto la necesidad de una toma de conciencia y compromiso internacionales, europeos[16] e internos en la materia, esenciales para realizar

para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad aprobada por la Organización de los Estados Americanos, en la primera sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999 (OEA/Ser. P AG/RES. 1608 (XXIX-O/99), los arts. 16 y 18.4 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el art. 30 de la Carta árabe de los derechos humanos.

[16] La Unión Europea ha demostrado un alto nivel de conciencia por el respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, muy especialmente, a partir del año 2003, que, como previamente se indicó, fue declarado "*Año Europeo de las Personas con Discapacidad".*

En el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales la prohibición de la discriminación no contiene referencia directa a la discapacidad y la única alusión que se hace a una determinada clase de discapacidad (los enajenados mentales) es la que realiza el art. 5.1.e) que los agrupa junto a los enfermos contagiosos, los alcohólicos, los toxicómanos y los vagabundos, a efectos de reconocer, como excepción al derecho a la libertad, la posibilidad de que estas personas sean detenidas "regularmente", es decir, conforme a la ley y con las garantías previstas en el apartado 2 de dicho precepto.

Entre las posteriores disposiciones europeas acerca de la discapacidad podemos destacar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes:

- la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 relativa a un Programa de acción social;
- la Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974 relativa al establecimiento del primer Programa de acción comunitaria para la adaptación profesional de los minusválidos;
- la Resolución del Consejo de 13 de diciembre de 1976 sobre empleo de minusválidos jóvenes;
- la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de personas minusválidas;
- la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de mayo de 1981 sobre integración económica, social y profesional de las personas minusválidas;
- la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1981 sobre integración social de los minusválidos;
- la Decisión del Consejo de 18 de abril de 1988 por la que se adopta un Segundo Programa de Acción de la Comunidad a favor de los minusválidos (HELIOS), continuando así lo iniciado el 27 de junio de 1974;
- la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 1988 sobre lenguajes gestuales para sordos;
- la Resolución de 31 de mayo de 1990, del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en su seno, relativa a la integración de los niños y los jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios;
- la Resolución del Consejo de la Unión Europea y representantes de los gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el Consejo el 20 de diciembre de 1996, relativa a la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad;
- la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999, relativa al a igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías;
- el Comunicación del a Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, "Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad";
- la Directiva (2000/78/CE) del Consejo del 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para el tratamiento igualitario en el empleo y la ocupación;
- la Decisión del Consejo (2000/750/CE) sobre la creación de un programa de acción comunitario que luche contra la discriminación (2001-2006);
- la Decisión del Consejo (2001/903/CE) del 3 de diciembre de 2001 relativa al Año Europeo de Personas con Discapacidad 2003;
- la Comunicación de la Comisión al Consejo COM (2003) 650 final, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de octubre de 2003, relativa a la Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo;
- la Resolución del Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008 relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea; y
- la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad (2010/C 316/01).

Mención especial precisa un instrumento normativo de gran trascendencia en la materia que nos ocupa, el Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (conocido como "*Convenio de Oviedo*"), de 4 de abril de 1997 (aprobado y ratificado por España el 23 de julio de 1999, con entrada en vigor el 1 de enero de 2000).

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que constituye el acervo europeo común en materia de Derechos Fundamentales, establece en sus arts. 20 y 21 el principio de igualdad y no discriminación, en su art. 25 reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural y en su art. 26 reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a

un importante giro social y jurídico hacia la difícil efectividad de la tutela de las personas con discapacidad y el respeto de la persona humana y de su derecho a la libertad[17].

Conforme a este nuevo paradigma, uno de los principales retos que supone la entrada en vigor de la Convención es la correcta adaptación de las legislaciones nacionales de los Estados Partes a las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la condición de discapacidad.

Tales disposiciones se contienen, principalmente, en el art. 12, sin perjuicio de que el mismo deba, a su vez, ser interpretado en todo el contexto del Tratado Internacional.

El marco legal establecido por el citado art. 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de *"sustitución"* en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira la Convención, aboga por un modelo de *"apoyo"* en la toma de decisiones.

Al respecto, es preciso subrayar que la especial trascendencia de dicho Tratado internacional no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principios generales de la ONU (como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los derechos de los Impedidos o las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades y la no Discriminación), inspiradoras de leyes y políticas de muchos países pero carentes de fuerza normativa, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, pues, ante una mera declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.

Pues bien, tradicionalmente, las únicas opciones tuitivas contempladas por nuestro Derecho civil han sido: bien incapacitar judicialmente a la persona con una enfermedad de carácter físico o psíquico grave y persistente que le impida el autogobierno (art. 200 C.c.), sujetándola, consiguientemente, a un régimen de guarda (la mayoría de la veces, la tutela, por tanto, sustitutiva de la persona) y excluyéndola del tráfico jurídico y del ejercicio de sus derechos; bien impugnar la validez de los actos jurídicos celebrados por una persona sin capacidad de obrar suficiente (arts. 1300 y ss. C.c.), por tanto, una protección no preventiva, sino *a posteriori*.

Si bien la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacitación judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacitación

beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

[17] Así lo expresa DE AMICIS, A.: "La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure", en *Giur. Merito*, 2009, p. 2388.

debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, ésa es mi impresión, tal vez, equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo[18].

Buena prueba de ello es la dificultad para encontrar personas (físicas o jurídicas) que quieran asumir la tutela de personas carentes de recursos económicos y la rapidez con la que se ofrecen cuando se trata de tutelar a incapacitados con propiedades, dinero o rentas.

También lo es la consideración de la prodigalidad como causa de incapacitación parcial, pues, en realidad, de un lado, con ello se asegura a los familiares la satisfacción de sus expectativas alimenticias y, de otro, se garantiza a la colectividad que no va a verse perjudicada por quien se ha colocado en una situación de miseria[19], conducta que parece ser sancionada; en definitiva, seguridad patrimonial.

A mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino sólo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración.

La discapacidad, en nuestro Código civil, está, por tanto, esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona, sus necesidades, sus sentimientos y aspiraciones ni el ejercicio de sus derechos fundamentales (dignidad, igualdad, derecho a la salud...), como la tutela y conservación (a veces, expoliación) del patrimonio del enfermo y, a partir de la declaración judicial de incapacitación, la fácil obtención de la prueba para impugnar la validez de los actos patrimoniales realizados por el incapacitado en su perjuicio.

Cierto es que esta visión acentuadamente patrimonialista no debe extrañarnos demasiado, si tenemos en cuenta que se trata de un Código dirigido, primordialmente, a la salvaguardia de la producción y circulación de la riqueza, siendo la propiedad privada el pilar fundamental sobre el cual se sustentan, sustancialmente, sus normas. Conforme a ello, la capacidad de obrar de la persona resulta subordinada a las exigencias del tráfico jurídico-económico.

Además de dicho tinte esencialmente patrimonial, a la incapacitación judicial (y a su publicidad) ha acompañado, durante mucho tiempo, la estigmatización social de la persona, lo que provocaba que, en ocasiones, las familias, avergonzadas, fueran algo reticentes a acudir a ella o, si se animaban a solicitarla, era porque, casi con toda seguridad, existían intereses de índole económica (p. ej. si el Notario no permite la firma de la escritura de

[18] Sobre que el cuidado del patrimonio sea el fin dominante de la institución de la incapacitación judicial es opinión prevalente sea respecto de los orígenes de la institución (que, como recuerda AMATO, E.: "Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina", en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1993, p. 101, nota 1, se remontan a la Ley de las XII Tablas), sea de su época moderna. Así, para el Derecho Romano, SITZIA, F.: Voz "Curatela", capítulo II de la voz "Tutela e curatela (Diritto romano)", en *Novissimo Digesto it*., XIX, Torino, 1973, p. 912-919, en concreto, p. 918; para el Derecho Intermedio, VIORA, M.: Voce "Tutela e curatela (Diritto intermedio)", *ibidem*, pp. 920 y ss.; y, para el Derecho francés, LAURENT, F.: *Principes de droit civil francais*, Bruxeles-París, 1878, pp. 366-367, para quien sólo cuando el enfermo posee bienes es útil y necesario incapacitar.

[19] V. SCARDULLA, F.: Voz "Inabilitazione", en *Enc. del dir.*, XX, s.d., Milano, 1970, p. 845.

venta de un piso heredado por falta de capacidad de uno de los herederos es, entonces, cuando los hermanos, de prisa y corriendo, pretenden conseguir la incapacitación, sin que nunca antes se hubieran preocupado de ello), llevando sus peleas familiares a la órbita judicial bajo la sedicente protección de la persona enferma, quien, sin importarles lo más mínimo, era declarada incapacitada y, de alguna manera, *"enjaulada"* (bien en casa, bien en un centro psiquiátrico o geriátrico o, lo que es peor, en la cárcel).

A partir de su incapacitación judicial, la persona pasaba a ser marginada no sólo socialmente sino ya oficialmente, como si tuviera una marca prácticamente indeleble (al estilo de la que se le hace al animal con el hierro candente para que no se pierda), pasando a ser un sujeto resignado a su situación y pasivo socialmente; una suerte de condena del individuo incapacitado a un permanente *status* personal de marcada inferioridad jurídica[20]. No estábamos muy lejos de la monstruosa costumbre espartana de arrojar a los recién nacidos con alguna malformación o deficiencia por el monte Taigeto.

La incapacitación judicial exigía y exige una enfermedad que ha de ser persistente e impedirle a la persona el autogobierno *ex* art. 200 C.c. De este modo, podría decirse que nuestro legislador ha asumido, como situación dominante, la grave enfermedad mental, focalizando su atención en su custodia y aislamiento, así como en la protección de sus bienes.

Partiéndose de tal presupuesto, numerosas personas que, con un déficit o enfermedad no demasiado grave como para impedirle el autogobierno (p. ej. meros trastornos neurológicos que no llegan a ser enfermedades mentales, como la narcolepsia, o el mero debilitamiento psicofísico por razón de la edad) o bien no persistente (p. ej. trastornos mentales transitorios[21], enfermedades de carácter cíclico[22] en las cuales aparecen períodos de agudización o descompensación con grave alteración de las facultades mentales, los cuales se alternan con otros de lucidez y normalidad psíquica en el paciente como acontece en la esquizofrenia, crisis pasajeras, trastornos psicológicos o emocionales post-ictus, o como ocurre en casos de comas post-traumáticos ocasionados por accidentes de circulación), pero sin plena autonomía psicofísica, caen en una especie de limbo jurídico-civil, abandonadas a su suerte, pues al no concurrir en ellas los presupuestos de la incapacitación judicial, quedan desprovistas de toda protección legal (con la salvedad de la posible impugnación de la validez de sus actos o de su internamiento involuntario en un centro sanitario *ex* art. 763 de la LEC-2000)[23].

Cierto es (no todo van a ser críticas) que al legislador civil le eran desconocidas muchas disfunciones psiquiátricas, así como algunos fenómenos y patologías sociales por aquel entonces inimaginables, pensemos en la toxicomanía o en el progresivo envejecimiento de la población unido a la crisis de la institución familiar, los cuales han provocado la degradación y marginación de ciertos sujetos que, no siendo enfermos mentales, quedan huérfanos de adecuada protección por parte del Derecho civil.

[20] Así lo expresa VOCATURO, S.: "L'amministratore di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", en *Rivista del Notariato*, 2004, I, p. 242.
[21] V. MORENO NAVARRETE, M. A./MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: *El trastorno mental transitorio en las relaciones de Derecho privado*, Madrid, 2008.
[22] Al respecto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La incapacidad de personas afectadas por enfermedades de carácter cíclico", en *Poder Judicial,* núm. 3, 1986, pp. 107-112.
[23] Acerca de la cuestión, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1993.

Por otra parte, de un rastreo jurisprudencial he encontrado casos en los cuales, lamentablemente, se han cometido gravosos e indiscriminados excesos, decidiéndose, tal vez ante la inexistencia de otros posibles mecanismos jurídicos tuitivos, la aplicación de la medida de la incapacitación judicial de manera inadecuada en cuanto a su finalidad, siendo ésta totalmente ajena al caso concreto enjuiciado y contraviniendo, además, el criterio restrictivo marcado por el Tribunal Supremo a la hora de proceder a la privación de libertad de una persona[24]. A veces, mediante sentencia, se ha llamado enfermedad a la tristeza, a la violencia, a la inestabilidad, a las dificultades familiares, escolares y laborales o a una deficiente instrucción.

En este sentido, no puedo dejar de reseñar, por el impacto que me causó su lectura, la SAP de Asturias (Sección 5ª), de 11 de octubre de 2006[25] (repárese en su fecha), en la que los padres de una chica de 35 años, sordomuda, al decidir ésta irse a vivir al domicilio de los padres de su novio, incoaron un procedimiento para conseguir la incapacitación judicial de su hija. En tal caso, el JPI concluyó que la demandada adolecía de sordera pero nada más, de modo que, acertadamente, rechazó su incapacitación considerándola plenamente capaz. Interpuesto recurso de apelación por los padres, la AP lo estimó, declarando, pese a no sufrir ninguna debilidad mental sino una deficiente formación o instrucción (de la cual, intuyo, los propios padres serían probablemente los responsables), la incapacitación de la hija.

De este modo, o se finge una situación de enfermedad persistente donde no existe, o bien no existe ningún instrumento jurídico para afrontar ciertas situaciones de dificultad o debilidad dignas de protección (p. ej. el debilitamiento psicofísico como consecuencia de una edad avanzada).

A veces, a través de la incapacitación judicial, se ha pretendido, primordialmente, la esterilización de una persona (p. ej. una adolescente con síndrome de Down), la cual, pese a ser regulada por el Código Penal[26], compete, como es sabido, al juez civil[27]. Al respecto,

[24] Así, entre otras, SSTS. de 1 de febrero de 1956 (RJ 1956\680), 26 de mayo de 1969 (RJ 1969\2862), 10 de febrero de 1986 (RJ 1986\520), 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6860), 28 de junio de 1990 (RJ 1990\4942), 20 de marzo de 1991 (RJ 1991\2266), 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3685), 19 de mayo de 1998 (RJ 1998\3378) y 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999\6938), que establecen que la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriendo la declaración de incapacidad una cumplida demostración mediante la adecuada prueba directa, dada la trascendencia de la resolución que priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial, razón por la cual ha de seguirse siempre un criterio restrictivo.

[25] AC 2006\1866.

[26] Concretamente, el Código Penal de 1995, al tipificar las lesiones, dispone en su art. 156.2: "*sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".*

[27] V., sobre tan interesante cuestión, MUÑOZ CONDE, F.: "La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994", en *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 2, pp. 185-210 y DÍAZ PITA, P.: "La esterilización de incapaces afectados por graves deficiencias psíquicas: cuestiones procesales", en *Actualidad Penal*, núm. 42, 1995, pp. 809-838 y en *Revista de Estudios Criminais*, núm. 20, 2005, pp. 39-55; SEOANE RODRIGUEZ, J. A.: *La esterilización de incapaces en el Derecho Español,* A Coruña 1996 y *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 1998; TEJEDOR MUÑOZ, F. J./VEGA GUTIÉRREZ, J./MARTÍNEZ BAZA, P.: "Problemática de la legitimación activa en la esterilización de incapaces: el derecho de objeción de conciencia", en *La Ley,* 2000-2, pp. 1702-1705; CHIMENO CANO, M.: "Acerca de la esterilización no curativa de incapaces", en *La Ley,* 2000-3, pp. 1719-1721; LETE DEL RIO, J. M.: "La esterilización del deficiente psíquico", en *Actualidad civil*, núm. 4, 2002, pp. 113-132 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "La esterilización de incapacitados: regulación y criterios para la autorización judicial", en *Los derechos de las personas con discapacidad*,

permítaseme apuntar que, si bien la Convención de la ONU no hace expresa alusión a la esterilización, sí insta a los Estados partes a introducir reformas que garanticen a las personas con discapacidad el goce efectivo de sus derechos a la vida, la integridad y el derecho a fundar una familia (en concordancia con el art. 12 del Convenio Europeo para la de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer con discapacidad y la necesidad de valorar su consentimiento.

En cuanto al sistema de guarda, en ocasiones, se ha procedido, con cierto automatismo y ligereza, a elegir la tutela, sin reparar en la repercusión que ello puede tener en la persona frágil y en su dignidad, quien pasa a ser representada o sustituida en sus actos. Ahora, tras la Convención ONU y su modelo social de discapacidad, dicha tendencia autoritaria o de custodia debe ser sustituida por justamente la contraria, siendo la tutela el remedio tuitivo extremo.

Cierto es que la LPPD ha introducido la autotutela, dando, de este modo, trascendencia a la voluntad de la persona en caso de su eventual incapacitación judicial, pero ello nos devuelve, de nuevo, a ésta como única solución legal.

Así las cosas, y a pesar de que nuestra regulación civil de la incapacitación judicial es relativamente reciente, en ellas aún percibo un instrumento para apartar a la persona enferma, dada su peligrosidad social, de la sociedad *"sana"*, pero no para proteger a la persona en sí misma, cerrándosele toda posibilidad de desarrollo personal, lo que implica también su vida en sociedad (el desenvolvimiento autónomo en su vida diaria, sus relaciones con terceros, su opinión acerca de los cuidados médicos o a la hora de elegir residencia, etc.). Se protege más a los familiares y a terceros que a la propia persona realmente necesitada de protección, que resulta limitada o, incluso, anulada, perdiendo sus derechos.

Además, existen personas con deficiencias físicas o psíquicas que, o bien el Derecho civil las ignora, o bien son encerradas en la estrecha *"jaula"* de la incapacitación, sin existir, en estos momentos, una solución digna y justa para ellas que las proteja sin incapacitarlas.

Superado, hoy día, el clásico paradigma sujeto normal/anormal, capaz/incapaz, la actual respuesta de nuestro Ordenamiento es, sin duda, inadecuada para atender todas y cada una de las situaciones de debilidad o falta de autonomía en la que puede encontrarse una persona. Además, la ventaja de garantizar una representación a la persona judicialmente incapacitada no compensa en absoluto la reducción o anulación del ejercicio de sus derechos, que le son expropiados (por supuesto, sin justiprecio alguno). Se trata, sin duda, de un sistema tuitivo subordinado a las exigencias del tráfico jurídico-económico, en el que la protección de la sociedad ocupa una posición central, no así la persona enferma y sus derechos fundamentales (los cuales, recordemos, son inviolables), quien no resulta realmente tutelada.

Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 453-485.
De interés resulta la STS (Sala 2ª), de 1 de febrero de 2002 (RJ, 2002, 1589), que absolvió de un delito de lesiones a los facultativos que esterilizaron a una joven que padecía síndrome de Down, sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial.

Al igual que los avances científicos buscan la curación del enfermo, el Derecho Civil debe perseguir una finalidad terapéutica o rehabilitadora de la persona vulnerable, logrando su recuperación e integración jurídica y social, y, en definitiva, el máximo ejercicio de sus derechos con la menor limitación posible de su capacidad de obrar. Tal es el mandato de la Convención ONU, que establece los principios rectores en la materia *"in dubio pro capacitas*" e "*intervención mínima*"[28], reconociendo la enorme importancia que reviste para las personas con discapacidad el respeto a sus autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, su voluntad, sus preferencias (Preámbulo, letra n y arts. 3 y 12.4).

Nuestro legislador civil debe, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 49 CE, buscar soluciones jurídicas alternativas más humanas, las cuales, por su elasticidad y flexibilidad, permitan amoldarse a todas las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad[29].

Satisfacer sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no sólo económico, sino físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo.

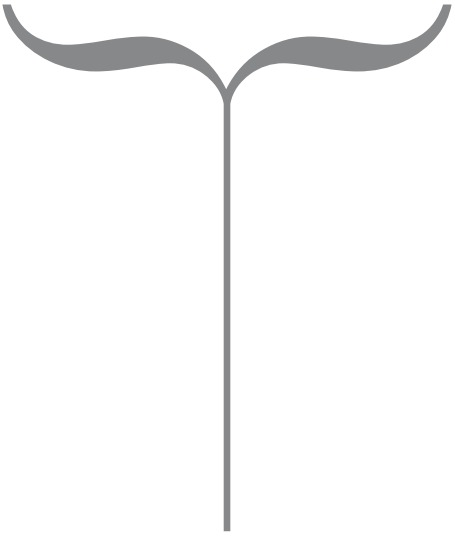
Se trata, sencillamente, de dar, desde una nueva perspectiva, un salto cualitativo en un contexto maduro como es el actual, y, consiguientemente, propicio para afrontarlo.

Tal vez, la experiencia italiana, que cuenta ya con casi ocho años de rodaje (y de cuyo balance crítico podemos, sin duda, valernos), podría servirnos de gran ayuda en nuestra búsqueda de un modelo tuitivo de las personas no *"discapaces"*, sino *"diversamente capaces"*.

[28] V. *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de Octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno,* GANZENMÜLLER ROIG, C. (dir.).

[29] En este sentido, MASONI, R.: "Amministrazione di sostegno ed interdizione; dal diritto al dovere di sostegno? (Commento a Trib. Milano 20 febbraio 2006)", en *Giur. Merito*, 2007, pp. 38 y ss.
En relación al derecho constitucional al apoyo del ciudadano (arts. 2 y 3, 2º de la Constitución italiana) y, por tanto, al correlativo deber constitucional de brindar apoyo por parte del Estado, CENDON, P.: "Un altro diritto per i soggetti deboli: l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni", en *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, p. 50, apunta que el incumplimiento de dicho deber por omisión de medidas, el cual determine un empeoramiento de la cualidad de vida de la persona, podría dar lugar a una responsabilidad de tipo resarcitorio (art. 2043 *Codice civile*) por causar un daño no patrimonial, pues el Estado está obligado, *ex Costitutione*, a remover todo tipo de obstáculos. De hecho, en el proyecto de reforma del Código civil de 1986 (Proyecto "Cendon"), expresamente se preveía una responsabilidad civil por *"los daños que la persona discapaz sufra por efecto de la falta o retrasada adopción de la medida*" (art. 16, 2º), si bien dicha previsión resarcitoria no fue incluida en el vigente texto normativo.
Acerca de que la lesión del derecho al apoyo del ciudadano por incumplimiento del Estado de su deber de protección sea susceptible de tutela resarcitoria *ex* art. 2043 C.c. se pronuncia igualmente MASONI: "Amministrazione di sostegno ed interdizione: dal diritto al dovere di sotegno", cit., pp. 45-48.

capítulo I



CAPÍTULO I: LA LEY ITALIANA 6/2004, DE 6 DE ENERO

1.1. LA *RATIO LEGIS*: LA IMPORTANCIA DE LA PERSONA MÁS ALLÁ DE LA DISCAPACIDAD

Adelantándose a la aprobación de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, sin embargo, en perfecta sintonía con ella[30], el legislador civil italiano, sólo conocedor hasta entonces de la incapacitación judicial, total ("*interdizione"*) o parcial ("*inabilitazione"*), se dio cuenta de la deficiente protección dispensada a aquellas personas, de algún u otro modo, privadas de autonomía y, tras muchos años de trabajo, en el año 2004, introdujo en su Código civil, en concreto, en sus arts. 404 a 413, la figura de *l'amministrazione di sostegno* o administración de apoyo.

La Ley de 6 de enero de 2004, promulgada tras finalizar el *"Año Europeo de las personas con discapacidad"* (que a tantos países, incluido el nuestro, sensibilizó) y esperada desde hacía casi veinte años, reformó el *Codice civile* de 1942, introduciendo nuevos fines y nuevos instrumentos en relación a las personas privadas, en todo o en parte, de autonomía[31].

A través de dicha Ley, de extraordinaria relevancia ético-social, se opera un cambio radical[32], no sólo de contenidos, sino también de conceptos y terminología.

La Ley responde a un lema o eslogan: "*nada sobre nosotros sin nosotros*", esto es, todas las decisiones que conciernen a las personas no autónomas deben ser tomadas mediante su previa consulta, implicándolas plenamente en ellas y teniendo en cuenta, sobre todo, sus reales exigencias y necesidades, de manera que sean ellas mismas las verdaderas protagonistas de las políticas sobre discapacidad, las cuales, sólo de este modo, podrán ser efectivas (Preámbulo letra o)[33] y art. 3.c)[34] Convención ONU). Con ello, no se trata más que de respetar sus derechos, entendidos éstos no sólo desde el plano jurídico, sino *lato sensu*: el derecho a la salud, al ocio, a sus inquietudes culturales, a una vida independiente, a la libertad de elegir y de manifestar su consentimiento o disenso (p. ej. en relación a tratamientos médicos, el testamento vital, la cesión de sus datos personales, el uso de su imagen, etc.). De este modo, se persigue que la persona siga siendo dueña de su propia vida.

La filosofía de fondo de la reforma es la de tutelar los intereses de aquellos sujetos que, por problemas transitorios, no pueden velar por su propio cuidado ni por la administración de sus bienes, o tan sólo encuentran dificultades para solucionar pequeños problemas

[30] Ratificada por Italia mediante la Ley 18/2009, de 3 de marzo. Acerca de dicha Ley, *vid.* el trabajo ya citado de DE AMICIS: "La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure", cit., pp. 2375-2388.

[31] Así lo afirma, GIARDINA, Francesca: "La persona fisica", en *Trattato di Diritto civile* diretto da LIPARI e RESCIGNO, vol. I, 2009, p. 301.

[32] CALÓ, E.: "*L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci* (nota a Tribunale Pordenone 7 marzo 2002)", en *Corr. Giur.*, 2002, I, p. 779 la llega a calificar de "revolución copernicana" y el Tribunal Varese, en su D. de 25 de noviembre de 2009, afirma que "più che di una riforma si è trattato di una vera e propria rivoluzione istituzionale" (esto es, "más que de una reforma se ha tratado de una verdadera y propia revolución institucional").

[33] "*Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente".*

[34] *"Los principios de las presente Convención serán: c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad".*

administrativos cotidianos, sin que, para ello, sea preciso anular ni sus derechos ni su dignidad, evitándose la solución extrema de la incapacitación judicial y el consiguiente olvido y exclusión social de la persona[35].

La Ley de 2004, por la que se insertó en el Ordenamiento italiano la nueva figura de la administración de apoyo, ha marcado un antes y un después, poniendo énfasis primero en la persona y luego en la enfermedad, incapacidad o sufrimiento[36]. Se presta especial atención a la capacidad del sujeto frágil, no a su discapacidad, como se venía haciendo hasta el momento. Se pone a la persona (no ya a la enfermedad) en el centro del universo de la discapacidad, de la vejez, de la depresión y de todas las demás manifestaciones de disfuncionalidad humana. En otras palabras, el derecho a ser una persona y, por tanto, el derecho irrenunciable a su efectiva inclusión en la sociedad, tutelando sus derechos fundamentales y asegurándole una medida de protección adecuada a sus concretas exigencias y necesidades, estimulando, lo máximo posible, sus residuales energías y capacidades psicofísicas, por muy escasas que éstas sean.

El objetivo de la Ley es, por tanto, el de la mayor inclusión social posible de la persona necesitada de ayuda. Esta idea, tan obvia aparentemente, en la práctica diaria encuentra numerosas barreras, algunas visibles (las arquitectónicas) y otras que no lo son tanto (las discriminatorias).

En definitiva, la Ley italiana de 2004 ha invertido la tendencia respecto al pasado[37], puesto que ahora sólo importa la persona, su personalidad, su voluntad, sus valores universales de dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y participación. El Derecho civil se impregna, así, del principio personalista, conforme al cual el rol de los derechos fundamentales es estratégico, de primera importancia. Se trata de situaciones subjetivas inmanentes al *"ser"* de la persona en cuanto tal, que le pertenecen por el simple hecho de su existencia (razón por la cual son *"existenciales"*) y son esenciales para su libre e íntegro desarrollo, prescindiendo de cualquier contexto social[38]. Tal y como se ha afirmado[39], con la Ley n. 6/2004 parece abrirse un nuevo horizonte en el cual el respeto a la dignidad se coloca en un plano transversal entre la *cura personae* y la *cura patrimonii*.

Conforme a ello, la persona vulnerable deja de ser el sujeto pasivo de los procedimientos relativos a su capacidad, pues ella misma puede acudir al juez tutelar para ser escuchada (no "*examinada*", término legal que es suprimido del Código civil italiano), para pasar a ser su protagonista. De este modo, sus cuidados, sus intereses, su voluntad, sus necesidades, sus

[35] Así lo expresa VOCATURO: "L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", cit., p. 243.
[36] Según la S. App. de Venezia, III Sez. Civ. de 16 de enero de 2006, "la ley sobre la administración de apoyo ha sido hecha para acercar al ciudadano débil y enfermo a la justicia (…), una ley al servicio de la persona (…), un esfuerzo legislativo para comprender y regular en manera más humana experiencias de sufrimiento y marginación que, con anterioridad, no encontraban respuestas adecuadas en términos de justicia".
[37] En este sentido, Trib. Modena, 26 de octubre de 2007.
[38] Para PERLINGERI, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente. A proposito dell'handicappato psichico permanente", en *Rass. di Dir. Civ.*, 1985, p. 61, considerar a la persona no como un sujeto abstracto y, por tanto, un número, sino como una valor inconmensurable, permite valorar "il grado di civiltà di una collettività e di un'intera epoca".
[39] DI SAPIO, A.: "A proposito di tre Ordinanze della Corte costituzionale e dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione (Nota alla Ordinanza della Corte Costituzionale 19 aprile 2007, n. 128)", en *Dir. fam. e pers.*, 2008, p. 45.

elecciones, sus aspiraciones, etc., representan el punto de referencia de las decisiones del juez tutelar. Se trata del reconocimiento legal a la legitimación activa del propio interesado para instar los procedimientos relativos al nombramiento de un administrador de apoyo o a su incapacitación judicial, esta última posibilidad introducida, por nuestra LPPD, en el art. 757 LEC-2000.

Si la lógica subyacente en la incapacitación judicial era (y es, pues dicha figura persiste en el Ordenamiento jurídico italiano, si bien como *ultima ratio*) que la persona no podía hacerse daño a sí misma ni a la sociedad, con la administración de apoyo introducida por la Ley 6/2004 se ha querido crear una institución tuitiva que se coloque al lado del beneficiario, sin sustituirlo y sin sustraerle su capacidad de obrar[40]. En definitiva, una figura no incapacitante, tendente, especialmente, a no privar al beneficiario de sus derechos.

Dado que la dignidad es un valor constitucionalmente reconocido y garantizado, el cual debe presidir tanto el cuidado de la persona como el de su patrimonio, ello sólo puede lograrse valorando los espacios residuales de autonomía de la persona. De este modo, con la Ley de 2004, se ha pasado de la privación de derechos y de su transformación en *"no persona"*, a la atribución a ésta de un apoyo a su discapacidad a través del reconocimiento de su capacidad residual[41].

La administración de apoyo ofrece, sin duda, calidad frente a la tradicional incapacitación judicial. Sus ventajas residen no sólo en el menor coste procesal y en la celeridad de las decisiones judiciales, sino en la ausencia de la marca o estigma de la incapacitación judicial[42] y en la necesidad de valorar la voluntad residual (por mínima que ésta sea) de la persona vulnerable[43].

Además de ello, el mérito indudable de la Ley radica en haber abierto las puertas del nuevo instrumento tuitivo de la administración de apoyo a tantas personas que eran excluidas de cualquier tipo de tutela por no estar afectadas por una patología tan grave y persistente que condujera a la aplicación de la incapacitación judicial pero tampoco se encontraban en condiciones psicofísicas que les permitiera actuar por sí solas[44]. Esta zona gris o tierra de nadie ha sido, finalmente, conquistada por la administración de apoyo.

Como han afirmado, en diversas ocasiones, los tribunales, la Ley de 2004 ha adaptado las disposiciones del Código civil en materia de discapacidad a los principios constitucionales de

[40] TAGLIAFERRI, C.: *L'amministrazione di sostegno nell'intepretazione della giurisprudenza*, Piacenza, 2010, p. 26.
[41] TAGLIAFERRI: *Op. cit*., p. 26.
[42] Como afirma CALÒ, E.: *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6,* Milano, 2004, p. 125, el recurso a la administración de apoyo se aprecia, sobre todo, porque "salvaguarda la personalidad del individuo, frente a la vergüenza de la incapacitación".
[43] En este sentido, CALÒ: *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6,* cit., p. 145.
[44] De esta opinión, TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., p. 17.

los arts. 2[45], 3[46] y 32[47] de la Carta Magna italiana de 1947[48], al igual que hicimos nosotros en 1983, con la salvedad de que los veintiún años que separan a una y otra reforma, durante los cuales han acontecido diversos y relevantes cambios sociales, han permitido que las medidas previstas por el Código civil italiano sean mucho más adecuadas a las distintas situaciones en las cuales puede encontrarse una persona no autónoma que las nuestras, ya desfasadas.

La diferencia entre la Ley italiana de enero de 2004 y nuestra LPPD de noviembre de 2003, prácticamente coetáneas, tal vez, radique en que la LPPD ha seguido la misma tónica de nuestro C.c., preocupándose, primordialmente, por la esfera patrimonial de la persona con discapacidad (basta leer su título o analizar las figuras que regula, con alguna salvedad, como la de la autotutela), en tanto que dicha óptica ha sido ya abandonada por la Ley 6/2004 y reemplazada por una dirigida a proteger a la persona humana en todo su conjunto y no sólo en alguna de sus facetas.

1.2. SUS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La protección de los sujetos que no pueden cuidar y gestionar sus propios intereses ha sido y es, sin duda, un ámbito muy delicado a la hora de afrontar su regulación, principalmente, porque, de un lado, implica intereses personales y sociales de las personas interesadas y, de otro, involucra las estructuras judiciales y administrativas, que han de actuar con eficacia y rapidez[49]. Precisamente, en relación a esta última idea, la mayor crítica que, por parte de la doctrina italiana, ha recibido la Ley 6/2004, junto a la disparidad de criterios judiciales adoptados en las distintas zonas del país, es que, si bien aquélla ha sido una Ley muy valiente, no encuentra el respaldo suficiente mediante los necesarios recursos financieros para lograr su efectiva aplicación práctica[50].

La Ley de 2004 es fruto de un largo *iter* legislativo[51] que comenzó en la segunda mitad de los años 80, como consecuencia, de un lado, de la toma de conciencia de la importancia de un apropiado uso terminológico en materia de discapacidad y, de otro, de la rigidez de las normas previstas por el legislador en el *Codice civile* de 1942, pensadas, exclusivamente,

[45] Art. 2: *"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".*

[46] Art. 3: *"Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*
È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

[47] Art. 32: "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*
Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

[48] Así, entre otros, Trib. de Venezia, 4 de diciembre de 2006.

[49] ANTONICA, M. C.: "L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inabilitazione", en *Fam. e diritto*, 2004, p. 528.

[50] V. TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., pp. 17-18.

[51] De "battaglia terribile" la califica CENDON, P.: "La tutela civilistica dell'infermo di mente", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione,* Atti del Convegno di Studi "Capacità ed autonomia delle persone", a cura di S. PATTI, Milano, 2002, p. 30.

para los enfermos psíquicos, así como de la complejidad y difícil adecuación a las concretas circunstancias de una persona de la institución de la incapacitación judicial. Conscientes de ello, se comenzó a trabajar en una dirección cultural y social completamente nueva.

Puede decirse que este nuevo camino lo inició la Ley 180/1978, de 13 de mayo, conocida como "*Ley Basaglia*"[52], la cual propuso un diferente modo de entender la patología psíquica, sacando a los enfermos mentales de los manicomios, en los cuales estaban internadas casi cien mil personas, aisladas físicamente del resto del mundo y, por tanto, sin mantener contactos o relaciones de amistad o afectivas, volviendo a reintegrarlos en su ambiente social[53].

Con dicha Ley nacería una nueva sensibilidad en la relación entre enfermedad psíquica y Derecho Privado, fundada en la libre elección de tratamientos sanitarios, frente al anterior sistema terapéutico basado en la exclusión de la voluntad del enfermo y la prevalencia de las decisiones del personal médico. Conforme a esta Ley, que derogó el art. 420 del Código civil italiano, que establecía un automatismo entre recuperación en el manicomio e iniciación del procedimiento de incapacitación judicial, se procedió al cierre de los manicomios y se evidenció la existencia de un Derecho civil inadecuado en relación a las concretas exigencias de los enfermos mentales, devolviéndose a las personas internadas en manicomios a su ambiente o contexto social, a quienes podía aplicarse la única medida tuitiva entonces legalmente prevista, la incapacitación judicial, de modo que, prácticamente, se producía un cambio del manicomio a la marginación civil[54].

Así las cosas, en 1986, fruto de un Congreso científico interdisciplinar organizado en Trieste por el Profesor Paolo CENDON, se elaboró una propuesta de reforma que dejaba ver, con claridad, el gran vacío del Ordenamiento italiano (el cual, por aquel entonces, sólo ofrecía la incapacitación judicial y la anulabilidad de los actos realizados por el incapaz natural), dada la ausencia de un régimen de protección que garantizase la menor limitación posible de los derechos y de la capacidad de la persona y que atribuyese a ésta los instrumentos de asistencia y/o de sustitución necesarios para hacer frente a momentos de crisis[55]. Era preciso proteger sin incapacitar.

Con este antecedente, desde mitad de los años 80 y hasta primeros de los 90, se confeccionó el texto normativo acerca de la administración de apoyo, presentándose en la Cámara, el 23 de abril de 1993, el proyecto de Ley n. 2571[56], el cual preveía la introducción de la nueva

[52] TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 23, considera dicha Ley una "irrinunciabile conquista della nostra civiltà giuridica".
[53] Acerca de la "Ley Basaglia", *vid.* ACCATTATIS, V.: *L'impatto della legge 180 nell'ordinamento italiano*, en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. CENDON, Napoli, 1988 y BELLUSSI, G.: "L'ospedale psichiatrico e la Legge 180/1978", in *Giur. mer*., 1980, IV, pp. 1005-1011, quien muestra su discrepancia con la Ley en cuanto al tratamiento dado por ésta al hospital psiquiátrico, trasladando la problemática del enfermo mental al hospital general, el cual no está debidamente preparado para cubrir sus necesidades (en concreto, *vid.* pp. 1010-1011).
[54] Así, AUSILI, G.: "Incapacità naturale e tutela degli interdetti", en *Dir. Fam. e persone*, 1992, p. 52.
[55] Para un minucioso análisis de la propuesta, *vid.* CENDON, P.: "Infermi di mente e altri 'disabili' in una proposta di riforma del codice civile", en *Giur. it.*, 1988, IV, pp. 117 y ss. y LISELLA, G.: "Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma", en *Rass. Dir. Civ.*, 1989, pp. 53-82.
[56] Llevaba por título *"Istituzione dell'amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi"*.

figura para colmar la laguna existente en el Ordenamiento italiano, esto es, la ausencia de un régimen que potenciase al máximo los derechos y fomentase la capacidad de iniciativa propia del enfermo mental (y no sólo) mediante una asistencia que pudiese cubrir sus momentos de cierta dificultad o debilidad.

A dicho proyecto siguieron otros[57], los cuales contemplaban la aplicación de la incapacitación judicial sólo en casos extremos de especial gravedad.

Ninguna de tales iniciativas resultó aprobada por causa de la anticipada disolución de las Cámaras, hecho muy frecuente en Italia en los años 90, como bien se recordará[58].

Finalmente, se llegó a la propuesta de Ley C 2189, presentada al Senado el 3 de julio de 2001, la cual recogía los precedentes proyectos legislativos.

Tras un *iter* parlamentario largo y conflictivo, fue aprobada definitivamente la Ley de 9 de enero de 2004, n. 6 (publicada el 19 de enero[59], entrando en vigor a los sesenta días de su publicación, esto es, el 19 de marzo de 2004), referente a la *"Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile, del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 338, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonchè relative norme di attuazione, di coordinamento e finali".*

1.3. UNA MIRADA HACIA OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS EUROPEAS

En el proceso de modernización de la legislación sobre discapacidad con el objetivo de responder a los nuevos desafíos sociales en el cual están inmersos muchos países, Italia no ha sido el primero en darle un acusado giro a su convencional sistema de protección de las personas no autónomas.

Es más, su Ley 6/2004 se ha inspirado en los ejemplos de otros Ordenamientos europeos, los cuales ya habían abandonado su viejo sistema fundado sobre la óptica de la custodia y del régimen de tutela de la sociedad del incapaz y del incapaz de sí mismo, introduciendo una flexibilidad más acorde con la protección de la persona vulnerable (no de la sociedad ni de la seguridad del tráfico) y de sus derechos fundamentales. Conforme a ello, algunos de los tradicionales sistemas tuitivos europeos han sido ya reemplazados por otros basados en los principios de libertad y dignidad de la persona enferma o con discapacidad y dirigidos a su plena integración social.

Tales reformas han sido llevadas a cabo, bien modificando la legislación ya existente,

[57] Los proyectos "Bompiani" (n. 2571, presentado a la Cámara el 23 de abril de 1993), "Perlingeri" (n. 448, presentado al Senado el 21 de junio de 1994), "Giacco" (n. 960, presentado a la Cámara el 16 de mayo de 1996) y "Turco" (n. 4040, presentado a la Cámara el 24 de julio de 1997), todos coincidentes, sustancialmente, con el proyecto del Prof. Cendon.
[58] Para un interesante estudio sobre las sucesivas iniciativas, *vid*. LISELLA, G.: "Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa", en *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pp. 216 y ss.
[59] Gaz. Uf. del 19 de enero de 2004, n., 14.

como es el caso de Francia o España, bien rompiendo radicalmente con el sistema anterior sustituyéndolo por uno nuevo, como es el caso de Austria o Alemania, que, superando la rígida y anticuada dicotomía capacidad/incapacidad, han eliminado la vieja institución de la incapacitación judicial, estableciendo un único instrumento de protección, en tanto que los restantes países han optado por mantener una pluralidad de medidas[60].

De este modo, acorde con una mayor sensibilidad fuertemente sentida hacia la discapacidad, muy distinta a la existente en el pasado, en el territorio europeo puede observarse que la tendencia actual es la de erradicar, definitivamente, las ecuaciones:

enfermedad = incapacidad
protección = prohibiciones/limitaciones

Ello se está logrando, fundamentalmente, mediante:

- una considerable renovación del lenguaje normativo, prefiriendo el uso de términos positivos no discriminatorios a los peyorativos y poco respetuosos;

- la tendencia a la superación del clásico binomio capacidad/incapacidad;

- la progresiva reducción de los supuestos de hecho a los cuales es aplicable la incapacitación judicial (reservada, exclusivamente, a los casos extremos en los que sea absolutamente indispensable), debiendo agotarse los mecanismos previos o alternativos a aquélla;

- la mayor elasticidad y flexibilidad de las medidas de protección, las cuales han de amoldarse perfectamente al caso concreto;

- la especial relevancia que se reconoce a la voluntad de la persona, a quien, por asumir el papel protagonista, ha de valorársele sus residuales facultades intelectuales, confiriéndosele un ámbito más o menos amplio de decisiones, sobre todo, en relación a los actos estrictamente personales; y

- la tendencia a la asistencia a la persona, no a su representación y privación de derechos.

A continuación, haré un recorrido, necesariamente sucinto, por algunas experiencias europeas de protección de las personas no autónomas[61], el cual nos permitirá valorar qué sistema salvaguarda más y mejor los derechos de las personas con discapacidad, así como extraer conclusiones y, en su caso, consideraciones de *lege ferenda* para el nuestro, actualmente, en fase de reforma.

[60] ANTONICA: "L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inabilitazione", cit., p. 534.
[61] Con mayor profundidad, entre otros, CIAN, G.: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", en *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, pp. 481-495; CARBONE, E.: "Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire", en *Nuova. Giur. Civ. e comm.*, 2004, II, pp. 538-544; AUTORINO STANZIONE, G.: "Le amministrazioni di sostegno nelle esperienze europee", en *L'amministrazione di sostegno* a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005 y CIPOLETTI, M.: "La legislazione italiana e la legislazione europea: confronto tra le figure tutelari previste nei diversi ordinamenti", en *Amministrazione di sostegno*, a cura di L. MARAVITA, Milano, 2005.

1.3.1. Francia

Fue el primer país en cambiar el tradicional sistema protector al reconocer a las personas incapaces la misma dignidad jurídica y social que las demás a través de la Ley 68-5, de 3 de enero de 1968, la reforma "*Du droit des incapables majeurs"* de Jean CARBONNIER.

Dicha Ley, inspirada en los principios de flexibilidad, personalización y subsidiariedad, reformuló íntegramente el Título XI del Libro I del *Code civil*, titulado "*De la majoritè et des majeurs qui sont protèges par la loi"*, comprensivo de los arts. 488 a 515, estableciendo los tres regímenes de protección actualmente vigentes: la tutela, la curatela y la "*sauvegarde de justice"*. Con anterioridad, se preveía la incapacitación judicial, junto con el "*Conseil Judiciaire*" para el supuesto de prodigalidad.

Conforme al art. 488 C.c. francés, "*está protegido, bien con ocasión de un acto particular o de manera continua, el mayor de edad al que una alteración de sus facultades personales imposibilite cuidar por sí solo de sus intereses. Puede estar también protegido el mayor de edad que, por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad se expone a caer en la necesidad o compromete el cumplimiento de sus obligaciones familiares".*

Por su parte, el art. 490 dispone: *"cuando las facultades mentales estuvieren alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad, los intereses de la persona serán subvenidos por uno de los regímenes de protección previstos en los capítulos siguientes. Los mismos regímenes de protección son aplicables a la alteración de las facultades corporales si impide la expresión de la voluntad. La alteración de las facultades mentales o corporales debe establecerse médicamente".*

La Ley de 1968, que considera como una medida residual el régimen de guarda más severo, el de la tutela[62], establece, como regla, la capacidad de la persona, que conserva, en líneas generales, el derecho a cumplir todos los actos de la vida civil.

Curiosamente, se presta especial atención a la conservación y disposición del alojamiento de la persona protegida y de su mobiliario por el mayor tiempo posible[63], con el evidente fin de garantizar los derechos fundamentales del enfermo. Dicha previsión legal de mantener a la persona mayor en su entorno natural es, a mi juicio, todo un acierto, pues, en muchas ocasiones, los efectos perjudiciales de la desubicación espacial de la persona en situación de

[62] V. AUTORINO STANZIONE: "Le amministrazioni di sostegno nelle esperienze europee", cit., p. 90.
[63] Art. 490-2 C.c.: "*sea cual sea el régimen de protección aplicable, el alojamiento de la persona protegida y los muebles que lo ocupan deben conservarse a su disposición tanto tiempo como sea posible.*
El poder de administrar, en lo relativo a estos bienes, no permite más que los pactos de posesión en precario que deberán cesar, pese a todas las disposiciones o estipulaciones contrarias, al regresar la persona protegida.
Si fuere necesario o interesara a la persona protegida que se disponga de los derechos relativos a la vivienda o que se enajene el mobiliario, el acto deberá ser autorizado por el juez tutelar, previo dictamen del médico de cabecera, sin perjuicio de las otras formalidades que pueda requerir la naturaleza de los bienes. Los recuerdos y demás objetos de carácter personal estarán siempre exceptuados de la enajenación y deberán quedar guardados a disposición de la persona protegida, si ha lugar, por cuidado del establecimiento del tratamiento".

vulnerabilidad y el drástico corte con su hogar y los recuerdos que en él se encierran (decisión que, alegremente, suelen tomar sus familiares por una pura y simple razón de propia comodidad) aceleran, considerablemente, el empeoramiento del trastorno o enfermedad de la persona protegida.

Las medidas de la tutela (arts. 492-507 C.c.) y curatela (arts. 508-515 C.c.) se aplican a los mismos supuestos que en nuestro Ordenamiento[64], razón por la cual me centraré en la figura de la "*sauvegarde de justice*" (arts. 491, 491-1 a 491-6 C.c.), la verdadera novedad introducida en 1968[65].

La salvaguardia o protección de justicia, muy frecuente en la práctica, es una medida de carácter temporal (se circunscribe a un bimestre, con renovación semestral ilimitada), concebida para alteraciones pasajeras o como medida transitoria previa a la designación de un tutor o curador, que se aplica al mayor de edad que necesite estar protegido en los actos de la vida civil por tener sus facultades ligeramente limitadas, desde el punto de vista psíquico o físico, si bien, en este último caso, ha de existir una incidencia sobre la capacidad mental o, al menos, sobre la posibilidad de manifestación externa de la voluntad, sin llegar al punto de necesitar un régimen de asistencia o representación[66]. En tal caso, según dispone el art. 491-2 C.c.: *"El mayor de edad puesto bajo salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos",* de manera que no es un incapaz.

El Código civil establece expresamente que el control de los actos realizados por la persona sujeta a tal medida ha de llevarse a cabo no *ex ante*, sino con posterioridad a su realización (art. 491-2), si bien es posible nombrar un mandatario especial para un determinado acto o una serie de actos (art. 491-3). La ordenación de una protección judicial permite, pues, la rescisión por lesión o reducción de los actos, contratos y compromisos que la persona mayor de edad hubiera podido celebrar durante dicho período, en caso de que tales actos le perjudicasen. Pueden ejercitar la acción, en vida de la persona protegida, las personas legitimadas para solicitar la tutela y, tras su muerte, sus herederos. En la valoración de la lesión o el exceso del compromiso a la hora de realizar el negocio en cuestión se tendrá en cuenta la fortuna de la persona protegida, la buena o mala fe de la contraparte y la utilidad o inutilidad de la operación realizada[67].

Naturalmente esta institución, que ofrece la gran ventaja de su simplicidad, presupone una capacidad de discernimiento de la persona que permite llevar una vida social casi normal (si bien con el riesgo de realizar actos perjudiciales), lo que le es garantizado. Conforme a ello, dicha medida permite conciliar la conservación de la capacidad de obrar, la cual no sufre restricciones jurídicas ni sociales, manteniendo inalterada la facultad de ejercitar los propios derechos, hasta el punto que no se evitan perjuicios derivados de la celebración de contratos.

[64] V. AUTORINO STANZIONE, G.: "La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nel'ordinamento francese", en *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, pp. 523 y ss y NAPOLI, E. V.: "Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di PATTI, Milano, 2009.
[65] V. ABBATE, M.: "Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia", en *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. NAPOLI, Milano, 2005, pp. 129 y ss.
[66] AUTORINO STANZIONE: "La protezione civilistica...", cit., p. 560.
[67] CIAN: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", cit., p. 489.

Existen dos procedimientos de *"sauvegarde de justice"*: uno judicial, en el que es competente el juez tutelar del lugar de residencia del beneficiario, y uno médico, solicitado por el médico al Ministerio Fiscal del lugar en el cual se desarrolle el tratamiento, según las previsiones del *Code de santé publique*.

Este sistema de medidas tuitivas ha sido parcialmente reformado por la Ley n. 308 de 5 de marzo de 2007 de protección de las personas mayores (que entró en vigor en enero de 2009)[68], la cual ha introducido varias novedades en el *Code Napoleon*, entre ellas, una dulcificación del lenguaje jurídico ("*protèger le faible sans jamais le diminuer"*; "*le monde des personnes vulnèrables*") respecto al anterior (*"incapacitè*"; "*controle*"; *"gouvernement de la personne*"), además de favorecer la ayuda social de la persona necesitada de protección frente a la tutela y la privación de sus derechos, aplicable sólo en caso de grave alteración de las facultades mentales o físicas de la persona (quien puede, de manera compatible con sus posibilidades mentales, tomar decisiones en materia de salud, cumplir por sí sola actos estrictamente personales y, con autorización del juez, estipular seguros de vida, otorgar testamento o ejercer su derecho al voto), mientras la curatela puede ser adoptada en caso de que la persona conserve íntegros sus derechos, necesitando sólo ser aconsejada o controlada en algunos actos por un curador[69].

Asimismo, la Ley de 2007 ha introducido el mandato de protección futura (*"mandat de protection future*")[70], inspirado en el mandato de incapacidad de Québec y al estilo de nuestro mandato preventivo contemplado por la LPPD, queriendo, de este modo, dar relevancia a la voluntad de la persona a quien llegue a resultar imposible atender, por sí sola, sus propios intereses (art. 477 C.c.).

1.3.2. Austria

Siguiendo la estela de algunas Declaraciones internacionales como la Declaración de Derechos del Deficiente Mental de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1971, la Ley austríaca 126/1983, de 2 de febrero, de tutela de los incapaces[71], que entró en vigor el 1 de julio de 1984, rompió con el clásico sistema de la incapacitación judicial dando vida a uno completamente nuevo, no sólo en dicho país, sino en la tradición jurídico-romana occidental[72].

[68] J.O. nº 56 du 7 mars 2007.
[69] Para un mayor estudio, *vid.* GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés", en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, Vol. 1, 2008, pp. 515-580.
[70] V. PEREÑA VICENTE, M.: "Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007", en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2235-2253 y "El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés", en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2040, 2007, pp. 2647-2659.
Ha de señalarse que la ley francesa establece dos tipos de mandato: el notarial (arts. 489 a 491 C.c.), en cuyo caso se permiten actos de administración y disposición, y el privado (arts. 492 a 494 C.c.), en cuyo caso sólo están permitidos actos de administración.
[71] Bundesgesetz 2 Febr. 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen.
[72] Al respecto, *vid.* VECCHI, P. M.: "La riforma austriaca della tutela degli incapaci", en *Riv. Dir. Civ.*, 1987, pp. 37-51; VENCHIARUTTI, A.: "La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria: prospettive di riforma nel sistema italiano", en *Dir. e Fam.*, II, XVII, 1988, pp. 1455-1483; KLEMENT, K.: "Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno (Sachwalterschaft)", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del

Dicho sistema se basa en la figura de un curador, *"Sachwalter"*, cuyas atribuciones (de contenido variable, pues su actuación puede fijarse para un solo asunto, para una determinada categoría de negocios o para todos los intereses de la persona asistida) han de ser establecidas, con suma precisión, por el juez en cada caso concreto (§273 ABGB) y siempre en razón del grado de enfermedad psíquica (no física, lo que lo diferencia de la figura italiana del administrador de apoyo) de la persona que no puede gestionar, sin peligro o daño, sus asuntos y que no tenga la posibilidad de ser asistida (en particular, en el ámbito de la familia o por instituciones de protección de incapaces), de tal modo que la figura del curador es subsidiaria.

La designación de dicho curador puede ser solicitada por el propio interesado o de oficio (no por ninguna otra persona, si bien un tercero puede solicitarla al juez y éste intervenir de oficio) y la decisión judicial puede autorizar a la persona protegida a disponer, sin la intervención del curador, de determinadas cosas o parte de sus ingresos, con el fin de hacerla autorresponsable y, de este modo, facilitar su recuperación. En ausencia de la correspondiente autorización para realizar actos jurídicos, el sujeto puede disponer o contraer obligaciones sólo con el consentimiento expreso o tácito ("*Einwilligung*") del curador (sin él, tales actos son anulables, si bien subsanables por una declaración posterior del "*Sachwalter"*). Incluso, en el ámbito de actuación del curador, la persona bajo "*Sachwalterschaft*" puede realizar actos que no impliquen la asunción de obligaciones, como, por ejemplo, la aceptación de una donación (siempre que ésta no sea onerosa).

De este modo, la persona sujeta al "*Sachwalterschaft"* no pierde su capacidad en aquella parcela de su vida no afectada por la decisión judicial, de manera que puede contraer matrimonio o testar (delante del Juez o el Notario) siempre que sea capaz de entender y querer y, además, tiene el derecho a participar en las decisiones más importantes que le incumban (§ 273 a, pfo. 3º ABGB).

El curador debe cuidar de la persona, entendiéndose por ello no sólo los cuidados médicos y adecuadas condiciones de vida, sino también una actividad que comprende las relaciones sociales del sujeto (§ 282, pfo. 2º ABGB). Es inadmisible una exclusión general del "*Sachwalter*" del cuidado de la persona[73].

El procedimiento para designar el curador es, fundamentalmente, oral, lo que satisface el criterio de inmediatez, al tiempo que consiente a la persona expresar directamente su propia opinión y no a través de escritos procesales, oralidad que permite al juez formarse una impresión personal del sujeto. Además, para tutelar la intimidad del sujeto, no existe una general publicidad del procedimiento, dando noticia de las limitaciones de la capacidad de obrar sólo a aquellos sujetos (públicos o privados) que tengan un interés fundado en ser informados[74].

convegno di studi su "Capacità ed autonomia della persona", Roma 20 de junio de 2002, a cura di S. PATTI, Milano, 2002, pp. 79 y ss. y CIAN: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", cit., pp. 486-487.

[73] CIAN: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", cit., p. 487.

[74] Como señala VECCHI: "La riforma austriaca...", cit., p. 50, es evidente el esfuerzo de la ley por reducir al máximo las posibles consecuencias psicológica y socialmente negativas de la sujeción a la curatela, con el fin de superar toda estigmatización del enfermo psíquico en nombre de la seguridad del tráfico.

Se trata, pues, de un sistema muy flexible que permite la inclusión social del interesado (la cual se logra, principalmente, con una exclusión de la legitimación activa a otros sujetos y una restringida publicidad del procedimiento)[75], quien conserva su capacidad de obrar en el ámbito en el cual le esté así reconocido con el menor sacrificio posible de su libertad, lo cual coloca al Ordenamiento austríaco, junto al alemán, en una situación más avanzada que el galo.

1.3.3. Alemania

Inspirándose en la experiencia jurídica austríaca, la Ley 48/1990, de 12 de septiembre (que entró en vigor el 1 de enero de 1992), como consecuencia de numerosas críticas doctrinales y de los propios usuarios de la precedente normativa, suprimió las clásicas instituciones de la incapacitación judicial ("*Entmündigung*"), de la tutela de mayores de edad (*"Vormundschaft über Volljährige"*) y de la curatela ("*Gebrechlikeitspflegschaft*"), sustituyéndolas por la asistencia (*"Betreuung*") en los nuevos §§ 1896 a 1980 k del BGB.

Se trata de la reforma europea más radical y completa en la materia[76].

La *ratio* de la Ley consiste en mejorar la posición jurídica de la persona necesitada de protección, salvaguardando sus derechos personales y patrimoniales a través de una amplia autonomía decisional que le permita organizar su propia vida según sus ideas y deseos[77].

Conforme a ello, se abandona el viejo sistema que daba preferencia a la voluntad del tutor o curador sobre la de la persona protegida y la preocupación por la administración de los bienes del incapaz más que del cuidado de la persona.

Para solicitar la asistencia de un "*Betreuur"* se requiere la necesidad de protección de la persona a causa de alguna dificultad en la gestión de los propios intereses, bien por una enfermedad psíquica (*psychische Krankheit*), una deficiencia mental (*geistige Behinderung*), un impedimento físico (*körperliche Behinderung*) o del espíritu (*seelische Behinderung*).

En tal caso, el juez, a instancia del interesado o de oficio, le nombra un "*Betreuur*", el cual le asiste en los límites de las funciones específicamente asignadas, con la obligación de seguir, en lo posible, los deseos y necesidades del beneficiario, siempre que no le sean perjudiciales[78].

[75] Así lo destaca VECCHI: "La riforma austriaca...", cit., p. 51.
[76] De esta opinión, CIAN: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", cit., p. 483.
[77] Para un mayor estudio de la experiencia alemana, *vid.* NAPOLI, E. V.: "La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania", en *Riv. Dir. Civ.*, 1995, I, pp. 539-545; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo", en *Act. Civ.,* 1999, núm. 2, pp. 553-581; VON SACHSEN GESSAPHE, K. A.: "La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione e di inabilitazione", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Quaderni di Familia* a cura di S. PATTI, 2002, pp. 65 y ss.; CIAN: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", cit., pp. 483-486 y CARUSO, E.: "L'assistenza nell'ordinamento tedesco", en *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. NAPOLI, Milano, 2005, pp. 173 y ss.
[78] CIPOLETTI: "La legislazione italiana e la legislazione europea: confronto tra le figure tutelari previste nei diversi ordinamenti", cit., p. 126.

En caso de minusvalía física, la solicitud de apoyo sólo puede ser presentada por el interesado, pero si aquélla incide sobre la formación de una libre capacidad de autodeterminación (p. ej. la ceguera de nacimiento), el "*Betreuur*" puede también ser designado contra la voluntad del interesado, pues se considera que la voluntad no puede considerarse libre cuando la persona no puede percibir las ventajas que se derivarían de la "*Betreuung".*

1.3.4. Inglaterra

A partir de la *Mental Health Act* de 1983, existen dos figuras: el "*receiver*" para la administración del patrimonio del incapaz; el "*guardian*" para el cuidado personal de la persona, nombrados ambos por la *Court of Protection*.

Paralelamente, existe también una articulada disciplina acerca de la representación voluntaria del incapaz en previsión de una eventual incapacitación futura, los *Enduring Powers of Attorney*[79].

1.3.5. España

Su regulación en materia de incapacitación y tutela ha sido objeto de reforma en diversas ocasiones, destacando, especialmente, la operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que procedió a la pertinente adaptación del Código civil a los mandatos constitucionales, así como algunos retoques por parte de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

El C.c. dedicaba a la incapacitación judicial el Título X de su Libro I "*De las personas*", arts. 199 a 210, de los cuales la LEC-2000 derogó los arts. 202 a 214, que contenían cuestiones relacionadas con el procedimiento, llevándoselas a su texto, dando, así, correcta ubicación a tales normas de índole puramente procesal, quedando sólo con contenido, en la formulación actualmente vigente, tres preceptos: los arts. 199, 200 y 201.

La Ley de 1983 reconoce como principio rector de la materia el interés del tutelado así como el principio de graduabilidad de la incapacidad, la cual será debidamente especificada en la sentencia judicial (sea en relación a los actos que el incapaz puede cumplir por sí solo –"*extensión y límites*" del art. 760 LEC-, sea en cuanto al sistema de guarda establecido[80]) e implanta el sistema de tutela de autoridad, adquiriendo el juez un papel decisivo[81].

[79] V. La Enduring Powers of Attorney Act 1985, en vigor para Inglaterra y Gales. Al respecto, *vid.* JIMÉNEZ CLAR A. J.: "Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los Enduring Powers of Attorney", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm. 8, Octubre *2003*, pp. 21-36.

[80] Es muy importante destacar (por el gran acierto que ello ha supuesto) que con la LEC-2000 (arts. 759.2 y 760.2), si en el escrito inicial de solicitud de la incapacidad se solicita además la constitución del régimen de guarda y el nombramiento de la persona concreta (física o jurídica) que ha de asumirla, la sentencia que declare la incapacidad nombrará también al representante o asistente legal, de tal forma que no habrá de iniciarse, tras la firmeza de la sentencia, un expediente de jurisdicción voluntaria, tal y como ocurría bajo la LEC-1881 y que demoraba, notoriamente, la resolución de la situación. Ahora, pues, en aras del principio de economía procesal, puede obtenerse, al mismo tiempo, la sentencia de incapacitación y el nombramiento de las personas que deban representar o asistir a los incapacitados, lo que agiliza notablemente las cosas.

[81] Acerca del decisivo papel de la autoridad judicial, *vid.* SERRANO ALONSO, E.: "Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela", en *La Ley,* 1984-2, pp. 1117-1122.

Otra característica de la reforma de 1983 es la alta consideración que el legislador manifiesta hacia el valor de la persona humana, hacia la esfera existencial del enfermo psíquico, a quien reconoce la posibilidad de contraer matrimonio previo dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento (art. 56 C.c.), de reconocer un hijo natural con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 C.c.) o de otorgar testamento notarial previo reconocimiento de dos facultativos y siempre que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar (art. 665 C.c.).

Con posterioridad, la LPPD ha introducido la figura de la autotutela[82] y el mandato preventivo[83], modificando el art. 757 LEC-2000 para reconocer la "*autoincapacitación*" o legitimación activa del propio interesado en iniciar el proceso encaminado a su propia incapacitación, así como otros instrumentos jurídicos, tanto *inter vivos* (junto con los ya citados autotutela y apoderamiento preventivo, el contrato de alimentos, el patrimonio protegido y la hipoteca inversa) como *mortis causa* (posibilidad de gravar la legítima estricta a través de una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, la nueva causa de indignidad por la cual se impide que puedan heredar a una persona con discapacidad los parientes que no le hayan prestado las atenciones debidas durante su vida, la constitución -voluntaria o legal- de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario con discapacidad y la exclusión de la colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad)[84].

Es también digno de mención el fallido intento de regular el tratamiento ambulatorio involuntario de la persona con trastornos psíquicos[85] a través del Proyecto de Ley 121/000109

[82] Con anterioridad a la LPPD, la autotutela ya era contemplada por el Derecho Catalán y, tras la LPPD, la regulan Galicia y Aragón.

[83] V., entre otros estudios doctrinales posteriores a la LPPD, BELLO JANEIRO, D.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Santiago de Compostela, 2004, pp. 35-69 y en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (coord.), Madrid, 2007, pp. 23-51; JIMÉNEZ CLAR A. J.: "La autotutela y los apoderamientos preventivos", en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados, Valencia 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, RUEDA PÉREZ, M. Á. (coord.), Valencia 2005*,* pp. 115-156; ARROYO I AMAYUELAS E.: "Del mandato 'ordinario' al mandato de 'protección'", en *RJN,* núm. 49, enero-marzo 2004, pp. 9-62 y en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* GONZÁLEZ PORRAS, J. M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), T. I, Murcia, 2004, pp. 363-396; VAQUER ALOY, A.: "La autotutela en el Código civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en *La Ley*, núm. 5961, 24 de febrero de 2004, pp. 1859-1865; BARREIRO PEREIRA, X. A.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005, pp. 71-92; ROVIRA SUEIRO, Mª.: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Madrid, 2005; PEREÑA VICENTE, M.: "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, núm. 1, 2007, pp. 1862-1870; LEÓNSEGUI GUILLOT, R. A.: "La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores", en *La protección de las personas mayores*, LASARTE, C. (dir.), MORETÓN SANZ, Mª. F. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), Madrid, 2007, pp. 147-161; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El 'apoderamiento o mandato preventivo' como medida de protección de las personas mayores". Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008]; AMUNATEGUI RODRÍGUEZ C. de: *Incapacitación y mandato*, Madrid, 2008 y, con anterioridad, "¿Crisis de la incapacitación?. La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores", en *RDP*, enero-febrero 2006*,* pp. 9-68; DURÁN CORSANEGO, E.: *La autorregulación de la tutela*, Madrid, 2007 y VIVAS TESÓN, I.: "La autotutela en Derecho Comparado: un mecanismo de autoprotección en previsión de una futura incapacitación judicial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, número 2, Marzo 2010, La Ley, Buenos Aires, pp. 207-214.

[84] Para un mayor estudio de tales instrumentos jurídicos, *vid.,* por todos, VIVAS TESÓN, I.: *La protección económica de la discapacidad,* Barcelona, 2009 y *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid, 2010.

[85] V. BARRIOS FLORES, L. F.: "El tratamiento ambulatorio forzoso: experiencias de Derecho Comparado y propuestas de regulación en España", en *Derecho y salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 127-150; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: "El tratamiento ambulatorio involuntario", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*,

de Jurisdicción de Voluntaria presentado en 2006 por el Gobierno pero retirado por el mismo, durante su tramitación parlamentaria, el 24 de octubre de 2007, de modo que, hoy por hoy, constituye una cuestión legal pendiente.

En estos momentos, España se encuentra inmersa en un procedimiento de adaptación integral de su normativa a los principios de la Convención ONU, a través de la reciente Ley 26/2011, de 1 de agosto[86], al tiempo que está procediendo a una progresiva dulcificación de su terminología jurídica sobre la materia.

En relación a esto último, siguiendo el mandato de la Disp. Adic. 8ª de la de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, así como del RD. 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, debemos desterrar los términos *"personas discapacitadas*" y "*personas minusválidas*", debiendo, en cambio, utilizarse la expresión "*personas con discapacidad*".

Además, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la LPPD establece, en su Disposición final 1ª, que "*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley* –la cual ha tenido una *vacatio legis* de 3 meses desde su publicación en el BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009- *remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de*

LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 397-451; HERNÁNDEZ VIADEL, M.: "Tratamiento ambulatorio involuntario: opinión de las personas implicadas", en *Archivos de psiquiatría*, vol. 70, núm. 1, 2007, pp. 65-74.

[86] El 10 de julio de 2009, el Consejo de Ministros aprobó la creación de un grupo de trabajo interministerial (con el asesoramiento de CERMI) para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención y año siguiente, el 23 de julio de 2010, el Consejo de Ministros dio luz verde al anteproyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Recientemente, ha sido aprobada la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto; corrección de errores en BOE núm. 243, de 8 de agosto), que modifica casi una veintena de textos normativos, entre ellos, por orden cronológico:

- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.
- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La Ley 26/2011 es desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE núm. 224, de 17 de septiembre).

modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". Después de dos años y medio, estamos aún a la espera.

En dicho proceso de íntegra revisión legislativa que logre que el Derecho interno español se corresponda exactamente con los principios, valores y mandatos proclamados en la Convención ONU, ya ha tenido ocasión de plantearse hasta qué punto los dictados del citado Tratado Internacional inciden o condicionan la labor interpretativa de las normas actualmente en vigor, en pocas palabras, su concreto alcance e impacto sobre el Derecho vigente[87].

Al respecto, nos encontramos con el primer fallo judicial, en nuestro país[88], que aborda tal cuestión. Se trata de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2009[89].

En el caso de autos dos hijas promovieron la incapacitación judicial de su madre, alegando que ésta era incapaz de gobernarse por sí misma, necesitando continuos cuidados y atenciones y que, desde la muerte de su esposo, alternaba periodos de lucidez con otros de desorientación. La madre de las demandantes fue "*sacada"* (sic) de la finca familiar por otros tres hijos suyos, hermanos de aquéllas, quienes impedían las visitas a las hermanas iniciadoras del procedimiento de incapacitación. La madre contestó a la demanda, mediante un poder general otorgado a los tres hijos no demandantes, negando que careciera de capacidad para atender al cuidado de su persona y bienes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando incapaz total y absolutamente a la madre demandada, nombrando tutores de su persona a dos de sus hijas y de sus bienes a otro hijo. Contra dicha sentencia apeló la demandada, a través de sus hijos representantes, recurso que la Audiencia Provincial desestimó, confirmando la de primera instancia[90].

La madre, por medio de sus representantes, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal (en relación a las reglas de la carga de la prueba) y recurso de casación. El Auto de 25 de noviembre de 2008 admitió ambos recursos, dándose traslado de los mismos al Ministerio Fiscal, quien impugnó el único motivo del extraordinario por infracción y solicitó

[87] V. el interesante Informe elaborado por el ya citado INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS" titulado *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español*.

[88] Casi coincidente en el tiempo con el fallo del Tribunal Supremo lo es la primera Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hace referencia a la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 30 de abril de 2009 (TEDH 2009, 47), en la cual se enjuició el caso Glor contra Suiza. Sven Glor, ciudadano sueco nacido en 1978, de profesión camionero, fue declarado en 1997, contra su voluntad, no apto para el servicio militar por padecer diabetes. Dado que el Sr. Glor tampoco podía realizar la prestación social sustitutoria, reservada para objetores de conciencia, le fue exigido el pago de una cantidad (en concreto, 716 francos suizos, unos 477€ aproximadamente), tasa de exención establecida para quien no realice el servicio militar, a excepción de aquellas personas que padecen una discapacidad grave y las que prestan un servicio civil sustitutorio. Ante estos hechos, el Tribunal resuelve, mediante sentencia firme, que ha existido violación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, citando la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como marco jurídico de referencia. El Tribunal sugiere que a las personas que se hallen en las circunstancias del Sr. Glor se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus limitaciones, o la realización de la Prestación Social Sustitutoria pese a no ser objetores de conciencia.

[89] JUR 2009\218033.

[90] SAP de Salamanca de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\237085).

la estimación de los cuatro motivos admitidos del de casación. En su escrito, el Ministerio Fiscal señala que el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los arts. 199 y 200 C.c. son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, según la cual "*la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces*". En consecuencia, entiende el Ministerio Fiscal que deben admitirse los cuatro motivos del recurso de casación.

De este modo, el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra en determinar si, como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Internacional, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

El Tribunal Supremo, a través de una rica ilustración del panorama legislativo en materia de discapacidad, tanto propio (citando, incluso, la Ley 1/2009, publicada en el BOE tan sólo 3 días antes de la Sentencia) como comparado, y realizando una lectura conjunta de la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los arts. 10, 14 y 49 del Texto Constitucional, considera que "*no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad"* (FJ 5º). En consecuencia, el Alto Tribunal desestima ambos recursos.

De dicho pronunciamiento judicial de nuestro Tribunal Supremo compartiría la afirmación de que la incapacitación judicial no es, en sí misma considerada, una institución contraria a los valores de la Convención ONU (si bien he de confesar que algunas dudas al respecto me suscita la lectura de los arts. 2[91] y 4, letra b[92] del Texto internacional, las cuales me hacen pensar si, tal vez, el austríaco o el alemán deberían ser los modelos a seguir), pero, en cambio, a la vista de lo dispuesto por el art. 12.4 del citado Tratado[93], sí podría no ser

[91] Art. 2. "*…Por 'discriminación por motivos de discapacidad' se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".*

[92] Art. 4.1. *"Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:*
b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad".

[93] "*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica… respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona…, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias*

ajustado a los principios y valores de la Convención su actual ámbito de aplicación, el cual debería reducirse, limitándose a aquellos supuestos residuales para los cuales sea la única medida de protección (en defecto, pues, de otras) verdaderamente necesaria y beneficiosa para la persona, es decir, cuando sea ineludible su aplicación, contraviniendo, sin duda alguna, la Convención, su adopción desproporcionada en determinados supuestos en los cuales es superflua o inútil la limitación o privación de la capacidad de obrar. De este modo, la institución de la incapacitación judicial, por sí misma, no contradice la Convención ONU, siempre que cumpla con los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad que el citado Tratado consagra.

Asimismo, siendo la incapacitación judicial (y la consiguiente incapacidad de obrar) la única solución ofrecida por nuestro Ordenamiento a las personas con discapacidad, considero que contradice los principios de la Convención ONU el hecho de que, actualmente, exista un vacío de protección de aquellas personas que necesiten un hombro en el cual apoyarse pero sin que éste les suponga la pérdida de su capacidad de obrar, supuestos éstos que reclaman urgentemente la creación de una nueva medida tuitiva flexible y respetuosa del ser humano, que no restrinja su vida social ni jurídica, no pudiendo ser la incapacitación judicial, evidentemente, la única vía de tutela de la persona.

A la creación de tales medidas de apoyo, que son efectivamente necesarias, parece apuntar la Convención ONU cuando en su Preámbulo, letra n (y art. 3), reconoce *"la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones"*.

En el Boletín Oficial del Estado del día 21 de agosto del pasado año[94] se publicó la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, el cual entró en vigor el 1 de enero de 2011, y que deroga la Ley 9/1998, de 15 julio, del Código de familia, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja y la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

Dicha Ley ha introducido, junto con los tradicionales sistemas de guarda de la persona, la asistencia, que es una nueva institución, según se expresa en su Preámbulo (parágrafo II), *"concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo no son posibles ni tan solo aconsejables"*.

A continuación, en el Preámbulo de la Ley, en concreto, parágrafo III, se describe cómo se ha pretendido diseñar un nuevo modelo de protección de la persona, *"guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida"*. Como reflejo de dicho nuevo modelo, se permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la

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".

[94] BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

pérdida de capacidad, se operan cambios en relación con la guarda de hecho y se introduce un nuevo instrumento de protección, la asistencia, *"dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad".*

A la asistencia se dedican los arts. 226-1 a 226-7 del Código civil de Cataluña.

Conforme a dicha regulación, cuando una persona se encuentre en una situación de vulnerabilidad debida "*a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas",* puede solicitar al juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de un asistente, debiéndose respetar "*la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia*", según establece el art. 226-1.

El asistente ejercerá, en interés del asistido, las funciones que le vengan determinadas por sentencia, las cuales, fundamentalmente son: en el ámbito personal, recibir la información y dar el consentimiento sobre la realización de actos y tratamientos médicos, "*si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas*"; en el ámbito patrimonial, intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de asistencia; además, *"a petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma*", *ex* art. 226-2.

El ámbito de funciones del asistente puede ser, en atención a las concretas circunstancias, modificado, bien reduciéndolo, bien ampliándolo, a instancia de parte, incluida la persona asistida, o bien el asistente debe comunicarlo a la autoridad judicial (art. 226-4).

Los actos realizados sin la intervención del asistente cuando ésta sea necesaria, son anulables, a instancia del asistido, del asistente, del tutor en caso de constituirse la tutela y de los herederos de la persona asistida, en el plazo de cuatro años a contar de la puesta en tutela o el fallecimiento de ésta (art. 226-3).

En cuanto al régimen aplicable, "*en la medida en que sean compatibles con la función de asistencia, se aplican al asistente las normas del presente código en materia de aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como las relativas a la rendición de cuentas si el asistente tiene atribuidas funciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona asistida*", establece el art. 226-6.

Según dispone el art. 226-5, la asistencia se extingue por las siguientes causas:

a) Por el fallecimiento o declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida.

b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron.

c) Por la incapacitación de la persona asistida.

En cuanto a su publicidad registral, el art. 226-7 dispone:

"1. La asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros.

2. La toma de posesión del cargo de asistente debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial".

Así las cosas, Cataluña ha optado, prudentemente, por no seguir los modelos rompedores de Austria y Alemania, prefiriendo mantener una pluralidad de medidas tuitivas de la persona vulnerable, colocando, junto a las tradicionales, la nueva figura de la asistencia, la cual se ajusta como anillo al dedo a las directrices marcadas por la Convención ONU, guardando un enorme parecido con la administración de apoyo, hasta el punto de que muchas de las lagunas y desajustes percibidos durante el rodaje práctico en estos años de la citada figura italiana y que son puestos de manifiesto en el presente trabajo sirven de adelanto premonitorio a los que puede presentar la nueva asistencia catalana en su estrenada puesta en práctica.

1.4. CONTENIDO DE LA LEY

En la misma línea de otros países europeos, la Ley italiana 6/2004 viene impulsada por la necesidad de realizar una modificación legislativa que tenga en cuenta, lo máximo posible, la capacidad del beneficiario, sus deseos y elecciones existenciales, asegurándole una medida de protección adecuada, menos drástica e invasiva y, en especial, ajustada a la concreta necesidad de ayuda de la persona.

Conforme a ello, a partir de la Ley 6/2004, una enfermedad habitual que no permita a la persona autogobernarse, aunque sea grave, no conduce ya, necesariamente, a la incapacitación judicial, medida que sólo debe ser adoptada para asegurar una "*adecuada protección a la persona*"[95].

[95] Así lo expresa GIARDINA: "La persona fisica", cit., p. 301.

En concreto, la Ley consta de 20 artículos, que reestructuran el Título XII del Libro I del *Codice civile*, el cual pasa a denominarse *"De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía"* (el precedente se titulaba "*De la enfermedad mental, de la incapacitación total y de la incapacitación parcial*", nótese la diferencia terminológica existente entre uno y otro), el cual se subdivide en dos Capítulos: el Capítulo I, que lleva por rúbrica "*De la administración de apoyo*", en el que se introducen *ex novo* los arts. 404 a 413, vacíos de contenido por haber sido derogados por el art. 77 de la Ley 184/1983, de 4 de mayo en materia de adopción; y el Capítulo II, titulado "*De la incapacitación total, de la incapacitación parcial y de la incapacidad natural"*, del cual resultan sensiblemente modificados los arts. 414 a 432 C.c.

La reforma conserva, sustancialmente, la incapacitación judicial total (*interdizione*) y la parcial (*inabilitazione*), deja intacto sus nombres (en mi modesta opinión, podía haberse aprovechado la ocasión para retocarlos con el fin de dulcificarlos o suavizarlos, tal y como se ha hecho con otros términos), si bien realiza leves modificaciones para mitigar su rigidez, en su mayoría, de tipo procesal, a saber:

- Se establece el carácter facultativo de la incapacitación judicial. Si antes de 2004 el art. 414 C.c. llevaba por rúbrica "Persone che *devono* [deben] essere interdette", ahora el nuevo precepto reza "Persone che *possono* [pueden] essere interdette", con lo que se elimina el carácter obligatorio o automático de la aplicación de la medida en cuanto concurrieran sus presupuestos[96]. Dicho cambio normativo, como no podía ser de otra manera, ha sido valorado muy positivamente por la doctrina[97].

- La incapacitación judicial se aplica para asegurar la "*adecuada protección*" de la persona con enfermedad mental habitual, de lo que se infiere que se protege sólo al destinatario de la medida, no a terceras personas, de modo que no puede adoptarse con el fin de salvaguardar los intereses de sus familiares o de otras personas.

- Se amplía la legitimación activa (art. 417 C.c.), de modo que pueden promover la incapacitación: la propia persona privada de autonomía, el cónyuge o pareja de hecho, los parientes hasta el cuarto grado, los afines hasta el segundo grado, el tutor o curador y el Ministerio Fiscal. De este modo, la novedad, respecto a la regulación anterior a la reforma de 2004, es la posibilidad de solicitar su incapacitación el propio interesado[98], así como la legitimación del conviviente de hecho[99].

- Se extienden los criterios de elección y de sujetos a la hora de designar el tutor o curador (art. 424, último pfo. C.c.). Con anterioridad a 2004, se marcaban unos parámetros de preferencia a la hora de nombrar al tutor o curador: cónyuge mayor

[96] S. de la *Corte di Cassazione* 13584/2006, de 12 de junio.
[97] Por todos, CALÒ: *Amministrazione di sostegno*, cit., pp. 14 y ss. y BONILINI, G.: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", en *Fam. pers. e succ*., 2007, p. 491.
[98] Al respecto, LANDINI, S.: **"**Amministrazione di sostegno: primi orientamenti sulla recente disciplina in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia (nota a Trib. Firenze 3 giugno 2004)", en *Foro it*., 2005, I, p. 3486, nota 6, señala que no se ha seguido la ambiciosa propuesta del "Proyecto Cendon" (art. 29) de modificar también el art. 429 añadiendo, en el elenco de sujetos legitimados para promover la revocación de la incapacitación, también al incapacitado.
[99] Ambos están legitimados activamente en nuestro art. 757 LEC-2000.

de edad no separado legalmente; el padre; la madre; un hijo mayor de edad; la persona designada por el progenitor supérstite en testamento, escritura pública o documento privado autenticado. Frente a ello, ahora el juez elige a la persona "*más idónea*" para el encargo, entre los sujetos y con los criterios del art. 408 C.c.

- Se contempla la posibilidad de que, en la sentencia, el juez permita al incapacitado cumplir, por sí sólo, algunos actos de ordinaria o extraordinaria administración (art. 427, pfo. 1º C.c.), lo cual, con anterioridad a 2004, no estaba previsto. Tales actos son completamente válidos y no han de ser, necesariamente, de índole patrimonial.

Tampoco se modifica la disciplina relativa a la anulabilidad de los actos celebrados por un sujeto incapaz natural, esto es, sin capacidad de entender y querer pero sin estar sujeto a ninguna medida de protección, de modo que el legislador de 2004 deja vigentes los arts. 428 y 1425.2º C.c., los cuales exigen la prueba de la incapacidad al momento del cumplimiento del acto aun por causa transitoria, el grave perjuicio para su autor y, en caso de contrato, la mala fe del otro contratante[100].

La prudente opción legislativa de conservar la institución jurídica de la incapacitación judicial, la cual no ha quedado exenta de críticas doctrinales en el sentido de faltarle valor al legislador para eliminarla definitivamente siguiendo los pasos de otros Ordenamientos como Austria o Alemania[101], creando conflictos de coexistencia con la nueva figura tuitiva de la administración de apoyo, parece responder a la necesidad de ofrecer un amplio abanico de medidas entre las cuales poder elegir. Además, tan radical reforma, tal y como se ha apuntado[102], hubiera impedido, casi con toda probabilidad, la aprobación de la Ley 6/2004.

De todos modos, es preciso destacar que existe un nuevo proyecto de reforma sobre la materia, titulado *"Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione"*, dirigido a derogar la incapacitación judicial que, actualmente, es objeto de una propuesta de Ley de la XVI Legislatura, la n. 510, presentada oficialmente en el Parlamento el 29 de abril de 2008. En dicha iniciativa legislativa se pretende reforzar la administración de apoyo y derogar la institución de la incapacitación judicial, lo cual, para algunos autores[103], es inevitable, a la vista de sus inconvenientes (principalmente, la limitación de la capacidad de obrar de la persona; su falta de beneficio terapéutico; la protección, sobre todo, para familiares y terceros más

[100] Al respecto, CENDON: "La tutela civilistica dell'infermo di mente", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione, Atti del Convegno di Studi "Capacità ed autonomia dell persone",* cit., pp. 29 y ss., considera que el art. 428 C.c. está equivocado y debiera modificarse, puesto que la exigencia de mala fe del otro contratante implica que cuando éste no se de cuenta de haber contratado con un enfermo mental, no será protegido, razón por la cual debería prescindirse del requisito de la mala fe, considerándose sólo el del perjuicio causado.

[101] En este sentido, CALÒ, E.: "La nuova legge sull'amministrazione di sostegno", en *Corr. Giur.*, 2004, pp. 861-869 y CHIARLONI, S.: "Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina proccesuale dell'amministrazione di sostegno", en *Giur. It.,* 2004, p. 2433 y G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005.

[102] Así lo afirma, expresamente, CENDON: "Un altro diritto per i soggetti deboli...", cit., pp. 56 y ss.

[103] Entre otros, CARBONE, E.: "Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire", en *Nuova. Giur. Civ. e comm.*, 2004, II, pp. 537-538, quien se refiere a la pervivencia de la incapacitación judicial en el *Codice civile* tras la Ley de 2004 con las siguientes palabras: "sta di fatto che quel 'muro di Berlino' non è caduto" –p. 538-; VENCHIARUTTI, A.: "Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale (Nota a Corte Cost. 9 dicembre 2005, n. 440)", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1109 y CENDON, P./ROSSI, R.: "L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata", en *Giur. It.*, 2007, pp. 2897-2898.

que para el incapaz; la inevitable publicidad negativa; la complejidad de la modificaciones y revocaciones, etc.), además de sus continuas fricciones con la administración de apoyo, difíciles de solventar en la práctica[104].

Sin duda alguna, la novedad estrella de la Ley de 2004 es la administración de apoyo, inspirada en los modelos austríacos y alemán, un instrumento dúctil que consiente al juez tutelar adoptar medidas protectoras de la persona sin privarle de la general capacidad de obrar o, en su caso, lo menos posible[105].

Se parte de la indiscutible premisa de que la capacidad de obrar es un bien primario de la persona, constitucionalmente garantizado, de modo que ésta no puede ser privada de aquélla salvo cuando sea estrictamente necesario para protegerla.

La administración de apoyo se aplica a muchos supuestos de patologías que, con anterioridad a la Ley 6/2004, eran reconducidos a la incapacitación judicial (la cual es reducida drásticamente), así como a todos los que quedaban desprotegidos por no concurrir en ellos los requisitos incapacitantes.

En definitiva, de una situación generalizada de incapacidad se pasa a una condición general de capacidad[106], introduciéndose un sistema de protección más elástico y flexible, proporcionado a las condiciones del beneficiario e idóneo para responder a las diversas necesidades que derivan de las distintas situaciones de debilidad y fragilidad: un *"traje a medida*", no preconfeccionado sino de nuevo corte, personalizado y exclusivo para cada persona, que permita al beneficiario vivir la mejor vida posible.

Sumamente revelador de la intención del legislador es la incardinación de la nueva disciplina de la administración de apoyo en el mismo cuerpo normativo del *Codice civile* y no fuera como una simple ley extracodicial, tal y como ha ocurrido con otras reformas como, por ejemplo, la adopción[107]. De este modo, el legislador ha querido conceder a la nueva figura jurídica una visibilidad mayor a la que hubiera tenido de haber sido regulada por una ley especial, ofreciendo, en el Código civil, un cuadro completo de las medidas de protección previstas por el Ordenamiento italiano[108].

Además, repárese en el hecho de que el legislador ha ubicado deliberadamente la administración de apoyo en el Capítulo I, del Título XII, del Libro I del Código, precediendo al Capítulo dedicado a la incapacitación total, al de la incapacitación parcial y al de la incapacidad natural, prueba del indiscutible papel preeminente y privilegiado que se

[104] MASONI: "Amministrazione di sostegno ed interdizione: dal diritto al dovere di sotegno (Commento a Trib. Milano 20 febbraio 2006)", cit., p. 45, habla de la tácita derogación de la vieja medida protectora de la incapacitación que, por desuso o no aplicación, podría caer en el olvido como rama seca e inútil de un Ordenamiento que cada vez más tiende a la valoración de la persona humana y de su dignidad, según una progresiva tendencia a la "personalizzazione" y a la "esistenzializzazione" del Derecho Privado, cuya evolución aún está en curso.
[105] Así, GIARDINA: "La persona fisica", cit., p. 301.
[106] V. Trib. de Bologna, 26 de octubre de 2007.
[107] Así lo destacan, entre otros, CIMAGLIA, G./COVATTA, A.: *L'invalidità civile e la tutela della disabilità*, Milano, 2005, pp. 258-259 y TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., p. 47.
[108] Así, PATTI, S.: "La nuova misura di protezione", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di. G. FERRANDO, Milano, 2005, p. 108.

reconoce a esta nueva institución jurídica respecto a las ya existentes con anterioridad[109]. Por tanto, la graduación u orden de preferencia entre las posibles instituciones a aplicar es: primero, la administración de apoyo; en su defecto, la incapacitación judicial.

No deja de causar gran sorpresa que el art. 1 de la Ley 6/2004, auténtico motor de la reforma al contener la *ratio legis* de la disciplina, haya quedado fuera del nuevo articulado del *Codice civile*. El citado precepto dispone: "*1. La presente ley tiene por finalidad proteger, con la menor limitación posible de la capacidad de obrar, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente".*

A pesar de no haberse incorporado al Código civil, su contenido no es meramente programático, sino vinculante para el juez tutelar, quien, a la hora de interpretar la nueva normativa, debe hacerlo lo más de acuerdo posible con la finalidad consagrada por dicho precepto[110].

En relación al art. 1 de la Ley 6/2004 y a su enorme trascendencia jurídica, la *Corte di Cassazione* (equivalente, como es sabido, a nuestro Tribunal Supremo), en su célebre Sentencia 13584/2006, de 12 de junio, la cual constituye el primer pronunciamiento de dicho Tribunal acerca de la administración de apoyo, afirma que el citado art. 1 expresa "*una finalidad que, lejos de parecer atenuada por efecto de su falta de recepción en el Código civil (…) –elección en la que el legislador no ha quedado exento de críticas por parte de la doctrina- representa la 'estrella polar' destinada a orientar al intérprete en la exégesis de la nueva disciplina, también en cuanto a las relaciones entre la figura de la administración de apoyo y las otras formas de protección de los incapaces (…). En tal línea de tendencia –que emerge también del examen de los trabajos preparatorios de la ley- aparece impregnado por entero el texto legislativo en examen, comenzando desde su art. 2, que innova la rúbrica del Título XII del Libro primero del Codice civile, dedicado precisamente a las instituciones de protección de los incapaces sustituyendo la originaria 'De la enfermedad mental, de la incapacitación total y parcial', por otra, más acorde con la finalidad descrita de la Ley 6/2004, que reza, en perfecta sintonía con el ya citado art. 1, 'De las medidas de protección de las personas privadas en todo o en parte de autonomía'".*

Bajo la omnipresente *"estrella polar"* del art. 1 de la Ley 6/2004, consistente en garantizar una adecuada protección a los derechos de la persona, el legislador ha reestructurado el tradicional régimen tuitivo de las personas no autónomas, introduciendo, como principales novedades, las siguientes:

1. Se dulcifica el lenguaje, percibiéndose, con ello, un cambio de la imagen social y, por consiguiente, jurídica de la persona con discapacidad[111]. De este modo, se elimina la expresión *"enfermedad mental*" (sustituyéndose por "*privación de autonomía*") y

[109] Así lo subraya MONTESERRAT PAPPALETTERE, E.: "L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 27.
[110] V. Trib. de Monza, 21 de febrero de 2008.
[111] NOCERA, S.: "Amministrazione di sostegno, ecco cosa cambia", en www.superabile.it/Superabile/HomePage y Trib. de Reggio Emilia, 13 de septiembre de 2006.

"*examen*" (que evoca la idea de atenta prueba del estado de una persona, resultando reemplazada por "*audiencia*", la cual exige la actividad de escuchar y no de poner a prueba). Sin embargo, se utilizan los términos *"imposibilidad*" (art. 404 C.c.) e "*incapacidad"* (art. 414 C.c.), dejándose llamativamente intactos los nombres de *"interdizione*" e "*inabilitazione"* para denominar a la incapacitación judicial total y parcial, respectivamente, pese a evocar la idea de anulación o privación de la capacidad de obrar.

2. El ámbito de los posibles beneficiarios de la administración de apoyo es mucho más amplio.

3. Son más valorados los espacios de autonomía y voluntad de la persona, aunque ésta sea muy reducida, considerándose que aquélla es un sujeto activo de la sociedad.

4. Se cuidan los intereses personales y no sólo los patrimoniales del beneficiario.

Entre los efectos positivos de la Ley podemos destacar[112]:

1. El beneficiario conserva la capacidad de obrar, que es la regla y, excepcionalmente, para algunos actos que considere el juez, es precisa la intervención del administrador de apoyo.

2. El propio beneficiario puede activar personalmente el procedimiento de solicitud de un administrador de apoyo.

3. El beneficiario puede cumplir por sí solo todos los actos de la vida cotidiana para satisfacer sus propias necesidades.

4. El administrador de apoyo debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia y bajo el control del juez tutelar, quien, en cualquier momento, puede pedir la rendición de la gestión y, si es necesario, podrá cesar al administrador de apoyo o suspenderlo y, eventualmente, promover la acción para el resarcimiento de daños.

5. El administrador de apoyo deberá tener constantemente informado al beneficiario sobre las actividades cumplidas y las pendientes de cumplir.

6. El beneficiario que se encuentre en desacuerdo con el administrador de apoyo podrá dirigirse al juez tutelar.

7. El administrador de apoyo deberá siempre actuar teniendo en cuenta las exigencias y aspiraciones del beneficiario.

La Ley 2004 guarda silencio sobre la responsabilidad aquiliana del enfermo mental,

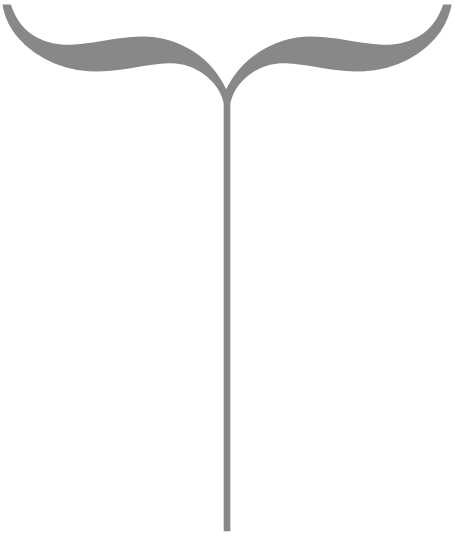
[112] Señalados por BUTTITTA, R.: "L'incapacità naturale e l'amministratore di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6)*"*, en *Vita notarile*, 2004, p. 487.

dejando incólume el tenor literal del art. 2047 del *Codice civile*[113], cuestión ésta sobre la cual el proyecto CENDON sí introducía algunas novedades. Podría considerarse que la supervivencia del privilegio de la inmunidad civil a favor del enfermo mental constituye un factor de perpetuación del estigma, si bien también cabe pensar que la responsabilidad civil plena del enfermo mental no ha de ser el precio a pagar por su *"puesta en libertad"* y total integración en el tráfico jurídico.

Indudablemente, para evitar que la nueva medida se transforme en una simple forma de incapacidad[114], el éxito de la reforma va unido a la superación de los viejos esquemas basados en la contraposición capacidad/incapacidad y, muy especialmente, a la sensibilidad de los jueces (el dato normativo puede resultar subordinado, en última instancia, a sus convicciones morales e ideológicas) y de todas aquellas personas involucradas por la Ley de 2004 en el funcionamiento de la administración de apoyo[115].

[113] Art. 2047 Danno cagionato dall'incapace.
"In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi e tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.
Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità".
[114] Al respecto, *vid.* NAPOLI, E. V.: "Una terza forma d'incapacità d'agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministrazione di sostegno", en *Giust. civ*., 2002, II, pp. 382-383.
[115] Así lo apuntaba al año de publicarse la Ley, VENCHIARUTTI, A.: "Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario (Nota di commento a Trib. Pienorolo 4 novembre 2004)", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 16.

capítulo II



CAPÍTULO II: UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO

2.1. UN APUNTE ACERCA DE SU *NOMEN IURIS*

En la Ley 6/2004 se percibe, de inmediato, la marcada intención de utilizar un lenguaje jurídico mucho más delicado y sensible que el anteriormente empleado (si bien, no alcanzo a entender por qué no han sido modificados los términos "*interdizione"* e "*inabilitazione"*), completamente ausente de connotaciones negativas y discriminatorias.

A la nueva figura se la denomina "*administración de apoyo*".

Al respecto, considero muy desacertado el uso de la palabra *"administración",* pues si bien da la impresión de una medida que protege a la persona sin reprimirla, evoca, de inmediato, la idea de gestión de los intereses patrimoniales de la persona necesitada de protección, una especie de *"contable"*, más que de sus intereses personales, de la cual, precisamente, se pretende huir.

Tal vez, junto a la palabra *"apoyo"*, hubieran sido más adecuadas las palabras *"asistencia"* (como Cataluña, si bien dicho término, tal vez, podría generar algún equívoco con la curatela), *"colaboración"*, *"acompañamiento"*, *"refuerzo"*, *"guía"*, *"auxilio"* (así: *"asistente de apoyo", "colaborador de apoyo"*, *"acompañante de apoyo"*, *"refuerzo de apoyo"*, *"guía de apoyo"*, *"auxiliar de apoyo"*) o cualesquiera otras similares, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica.

Por el contrario, el término *"apoyo"* sí es muy adecuado, además de ser el utilizado por la Convención ONU, dando la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí solo. Responde, por tanto, a la finalidad la visión terapéutica o estimuladora de la persona perseguida por la nueva figura jurídica.

Se habla también de *"beneficiario"* (no "*enfermo"* ni "*incapaz*"), dándose la idea de un instrumento a favor exclusivamente del sujeto necesitado de ayuda o apoyo.

Como se ha ejemplificado con gran acierto y expresividad, la administración de apoyo viene a ser el bastón para la persona que se ha torcido el tobillo o la barra para quien quiere viajar tranquilamente en el autobús[116].

[116] Así lo expresa, de manera tan gráfica, CENDON: "Infermi di mente e altri 'disabili' in una proposta di riforma del Codice civile", cit., pp. 117 y ss.

2.2. UNA INSTITUCIÓN EN PERFECTA SINTONÍA CON EL ESPÍRITU DE LA CONVENCIÓN ONU: *"LA MENOR LIMITACIÓN POSIBLE DE LA CAPACIDAD"*

El concepto de discapacidad ha cambiado. La OMS la define como *"condición de la salud en un ambiente desfavorable"* y la Convención ONU, en su Preámbulo reconoce que "*e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*".

La Ley 6/2004, pese a ser de fecha anterior (reparemos en que la Ley es de 2004 pero su verdadera gestación se produjo muchos años antes) a la Convención ONU (ratificada por Italia, recuérdese, mediante la reciente Ley 18/2009, de 3 de marzo)[117], es muy respetuosa con los principios, valores y modos de concebir la discapacidad que ésta, posteriormente, recogería, en especial, en lo que se refiere a la regulación de la administración de apoyo, que se ajusta perfectamente, en su *ratio* y en sus presupuestos, al modelo social de discapacidad que proclama el citado Instrumento normativo Internacional, sobre todo, con el reconocimiento de la dignidad y *"la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones"* (Preámbulo, letra n. y art. 3).

Además, cumple a la perfección con lo dispuesto en el art. 12.4 de la Convención, conforme al cual, *"Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica … respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona …, 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".*

Así las cosas, adelantándose a los principios y directrices marcados posteriormente por la Convención ONU, la Ley 6/2004 representa la toma de conciencia del legislador italiano sobre la necesidad de modificar el modo de pensar y afrontar la protección de las personas socialmente más frágiles o vulnerables, con el fin de idear un sistema de asistencia más elástico[118]. Se supera, así, la lógica de la incapacidad de obrar, que inspiraba (y aún inspira dada la subsistencia normativa de la institución) la incapacitación judicial, superándose el rígido binomio capacidad/incapacidad[119]. Además, la administración de apoyo viene a colmar un vacío de asistencia para aquellas personas capaces legalmente porque no han sido incapacitadas, pero que tienen algún tipo de dificultad para autogestionar sus propios intereses.

[117] V. DE AMICIS: "La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure", cit., pp. 2375-2388 y BUFFONE, G.: "Amministrazione di sostegno e Convenzione di New York", en www.personaedanno.it, 4/2009, ads/generalità varie.
[118] FRANZOT, Stefania: "Un bilancio sull'amministrazione di sostegno a quasi tre anni dalla sua istituzione", en www.personaedanno.it, 12/2006.
[119] S. Corte di Cassazione 9628/2004, de 22 de abril.

Por todo ello, es indudable que la nueva institución jurídica responde perfectamente a la sensibilidad y al espíritu de la Convención ONU, de modo que Italia, a diferencia de España, queda, a mi parecer (el cual someto a cualquier otro mejor fundado), exenta de la necesaria revisión y adaptación de su Derecho interno a dicho Tratado Internacional.

2.3. PRINCIPALES NOTAS DISTINTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO

Las principales notas características de la administración de apoyo son:

1. Elasticidad y flexibilidad, frente a la rigidez y el *"enjaulamiento"* de la incapacitación judicial. El administrador de apoyo no tiene poderes predeterminados como los tiene el tutor, previamente marcados y tasados por la Ley[120]. Ello se manifiesta en:

    a. El poder reservado al juez tutelar de determinar el objeto de encargo y de establecer los actos que el administrador de apoyo puede cumplir en nombre y por cuenta del beneficiario y/o los actos que éste puede cumplir sólo con la asistencia del administrador de apoyo (art. 405, pfo. 5º, letras 3 y 4 C.c.), siempre garantizándose la capacidad mínima y el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

    b. La duración temporal del encargo, con posibilidad de prórroga motivada, incluso, de oficio, antes de la finalización del plazo (art. 405, pfo 6º, C.c.).

    c. La facultad, reconocida al juez tutelar, de modificar, en cualquier momento e, incluso, de oficio, las decisiones contenidas en el decreto de nombramiento del administrador de apoyo (art. 407, pfo. 4º C.c.). Se trata, pues, de una medida adaptada a cada concreta situación de vulnerabilidad, no sólo en la fase inicial sino también en la fase sucesiva, sin que sean creadas medidas protectoras estándar e inmutables en el tiempo. Así las cosas, el nombramiento del administrador de apoyo no es el momento final, puesto que el proyecto de apoyo es siempre modificable.

2. La proporcionalidad de la medida, ajustada a las particulares condiciones del beneficiario, respetándose, al máximo, su espacio de autodeterminación, sus aspiraciones y necesidades cotidianas como ser humano, que es lo que la reforma ha querido especialmente resaltar[121]: la centralidad de la persona y la humanización de la nueva institución[122].

[120] En relación a dicha característica de la administración de apoyo, la S. de la Corte di Cassazione 13584/2006, de 12 de junio, afirma que *"la disciplina de la institución se caracteriza por una particular ductilidad, frente al carácter tendencialmente irreversible y totalizador de la tradicional regulación de la materia"*. Acerca de la peculiar flexibilidad de la institución, unida a la mayor agilidad procesal, *vid*. las recientes SS. Cass. 9628 y 17421/2009 y 4866/2010.

[121] Entre otras, *SS. Corte Costituzionale* 440/2005, Trib. de Piacenza de 20 de diciembre de 2008, Trib. de Milano de 16 de marzo de 2009 y Trib. de Catanzaro de 9 de abril de 2009.

[122] Trib. de Modena, 15 de noviembre de 2004.

3. Idoneidad y adecuación del remedio para lograr la mejor protección y valoración de la persona no autónoma, prevaleciendo el criterio funcional (esto es, la valoración de los actos a cumplir) sobre un criterio cuantitativo (la gravedad de la enfermedad), lo cual es acorde con la finalidad de la ley (recuérdese la "*estrella polar*" del art. 1 de la Ley 6/2004)[123].

4. Protectora de la persona en su integridad, no exclusivamente de su esfera patrimonial. La administración de apoyo se inspira en el ser humano como un valor en sí mismo que ha de garantizarse y promover en todas sus dimensiones vitales, no sólo la patrimonial (arts. 405, 407, 408 y 410 C.c.)[124]. Podría decirse que la nueva figura tuitiva tiene una finalidad terapéutica, pues pretende lograr, a toda costa, la recuperación, no la custodia de la persona ni la protección de la sociedad frente a los "locos"[125]. De este modo, el administrador de apoyo es visto como un hermano mayor o un "*ángel de la guarda"*[126], quien no debe estar siempre presente físicamente, sino que tiene que iluminar el camino que recorre el beneficiario. Su misión es ésta, no tanto limitarse a hacer las gestiones que necesita en cada momento el beneficiario, sino intentar que lo haga por sí mismo y que sienta que, en caso de necesitarlo, tiene a una persona con la que contar. Es la guía que da sentido a la existencia humana del sujeto vulnerable.

2.4. EL DIFÍCIL TRAZADO DE LA LÍNEA FRONTERIZA ENTRE ADMINISTRACIÓN DE APOYO E INCAPACITACION JUDICIAL

2.4.1. La cuestión más difícil de resolver de la Ley 6/2004

Una de las cuestiones interpretativas de la Ley 6/2004 más difíciles de solventar y zanjar por la doctrina y la jurisprudencia italianas en la puesta en práctica de la Ley 6/2004 es la de marcar, con nitidez, el perímetro de aplicación de la nueva figura, frente al ámbito de operatividad de la incapacitación judicial. ¿Cuándo aplicar una y otra?

Incluso, el inicial entusiasmo con el cual se acogió el nuevo cuadro de medidas instaurado por la Ley 6/2004 ha decrecido considerablemente ante la incertidumbre fuertemente sentida por los operadores del Derecho acerca de la elección entre administración de apoyo e incapacitación judicial total (la parcial o, como la llaman los italianos, la *inabilitazione*, no presenta problemas porque queda claramente subsumida en la nueva figura introducida

[123] SS. Corte di Cassazione 13584/2006, de 12 de junio, Trib. de Bologna de 31 de enero y 3 de mayo de 2008 y App. de Bari de 2 de diciembre de 2008.
[124] Entre otras, *vid.* SS. Tribunal de Ancona de 14 de junio de 2005 y Tribunal de Reggio Emilia de 4 de noviembre de 2005.
[125] MARCELLINO, F.: "Le amministrazioni di sostegno dal sapore (amaro) di interdizione", en www.personaedanno.it., 5/2008, ads/interdizione, inabilitazione.
[126] "L'importante è che si tratti di persona equilibrata, disponibile, generosa e paziente e di una presenza attenta ai bisogni, che talvolta rasentano il capriccio, e alle esigenze materiali e spirituali del beneficario", añade CENDON, P.: "Un altro diritto per i soggetti deboli: l'amministratore di sostegno e la vita di tutti i giorni", cit., pp. 41-42.

por la Ley de 2004)[127], de confines no siempre demasiado nítidos en cuanto al ámbito de aplicación de cada una de ellas.

Y ello es debido a que Ley 6/2004 no ha querido suprimir las normas referentes a la incapacitación judicial, elección legislativa que, como ya apunté en otro lugar, ha sido duramente criticada por cierta parte de la doctrina, hacia donde, en la actualidad, se encamina una iniciativa de reforma del sistema tuitivo italiano encabezada por el Profesor CENDON[128], "*padre de la criatura*", permítaseme la expresión[129].

No sólo el legislador italiano no ha suprimido la tradicional institución de la incapacitación judicial, sino que no ha querido hacerlo, como prueba el hecho de que la Ley 6/2004 haya modificado su disciplina, haciendo ver su intención de conservarla, si bien procediendo a su modernización[130].

Para algunos autores[131], si el legislador ha decidido mantener la institución de la figura de la incapacitación judicial es porque ha reservado a ésta un área de aplicación en la que la administración de apoyo no da "*adecuada protección a la persona*", si bien el problema radica en no haber determinado cuál es dicho ámbito.

Así las cosas, respecto a la cuestión planteada, ni la doctrina científica ni la jurisprudencial han conseguido aún alcanzar y ofrecer una solución unánime, clara y plenamente satisfactoria.

Además de las diferencias sustanciales entre la incapacitación judicial, que restringe o priva a la persona de su capacidad de obrar, y la administración de apoyo, en la cual aquélla se conserva, y de que el tutor debe solicitar la autorización judicial para cumplir los actos previstos en la ley, en tanto que, en el caso del administrador de apoyo, tales actos ya están autorizados en el decreto de nombramiento judicial de aquél, los principales puntos de separación entre ambas instituciones tuitivas radican en el ámbito procesal, pues, en tanto que la incapacitación judicial es un procedimiento civil ordinario de carácter contencioso, el de la administración de apoyo es de jurisdicción voluntaria.

Trazada, en términos teóricos, la línea fronteriza entre la incapacitación judicial y la administración de apoyo, en la práctica, ¿a qué supuestos de hecho es aplicable una figura y a cuáles la otra?

La respuesta no es fácil, pues hay casos en los cuales puede existir una posible coincidencia entre la esfera de operatividad de la administración de apoyo y la incapacitación.

---

[127] Así lo hace ver, VOCATURO: "L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", cit., p. 248, quien, en nota 10, considera que el espacio de aplicación de la incapacidad parcial o "inabilitazione" no parece ir más allá de la prodigalidad; también, BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", cit., p. 488.

[128] "Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vida di tutti i giorni", cit., pp. 56 y ss.

[129] En contra del pronóstico de la futura supresión de la incapacitación judicial se muestra BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", cit., pp. 489-490, para quien existen casos para los cuales la administración de apoyo no es la medida idónea, si bien dicha medida tiene carácter preferente sobre la incapacitación judicial. Dada la elección del legislador de mantener la incapacitación, el juez, aplicador del Derecho, debe aplicar la Ley, si bien podrá recurrir, cuanto más posible, a la administración de apoyo.

[130] ANELLI, F.: "Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia", en *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, pp. 4175 y ss.

[131] Así, BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", cit., pp. 491-492.

En mi modesto entender, sin tener que llegar a la derogación normativa de la incapacitación judicial, lo que, sin duda, hubiera solucionado el problema descrito[132], lo cierto es que el legislador de 2004, al introducir la nueva figura de la administración de apoyo, podía haber estructurado mucho mejor y con mayor precisión el cuadro de medidas protectoras de la persona, puesto que el dato normativo no ofrece claros criterios diferenciadores a la hora de seleccionar la medida tuitiva a aplicar en cada caso[133].

2.4.2. El carácter residual de la incapacitación judicial

¿Qué relación existe entre administración de apoyo, incapacitación total e incapacitación parcial? ¿Cómo se articulan? ¿Cuál es el orden jerárquico entre tales instituciones jurídicas? ¿Cuál es el criterio discriminador entre ellas?[134]

La decisión sobre la medida de protección más idónea queda a la discrecionalidad del juez, en atención a las circunstancias concretas del caso, teniendo como única guía la de la *"estrella polar"* del art. 1 de la Ley, esto es, la *"menor limitación posible de la capacidad de obrar"* [135].

Partiendo de esta omnipresente premisa, la preferente ubicación sistemática que el legislador ha concedido a la nueva figura en la regulación del *Codice civile* permite afirmar que, ante una situación de vulnerabilidad y necesidad de ayuda, ha de aplicarse, *in primis*, la administración de apoyo y, en su defecto, la incapacitación judicial.

Pues bien, todo comienza a complicarse cuando, bajo la óptica de la nueva normativa, el art. 404 C.c. hace referencia a la asistencia mediante la administración de apoyo a la persona con imposibilidad de gestionar sus propios intereses, la cual puede ser *"también parcial o temporal",* lo que implica que da por sentado que aquélla, asimismo, pueda ser *"total o permanente"* y, por consiguiente, con completa privación de la capacidad de obrar, en cuyo caso, ¿puede nombrarse un administrador de apoyo a una persona con incapacidad total o se ha de pasar, necesariamente, a su incapacitación judicial?

---

[132] De esta opinión, por todos, PATTI, S.: "Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione", en *Fam., pers. e succ.*, 2006, p. 814.

[133] Así lo destacan, entre otros, CALÒ: *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6,* cit., pp. 75 y ss.; BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione", cit., p. 492, quien critica al legislador al no haber ofrecido una codificación de las medidas de protección de las personas no autosuficientes mejor estructurada y MARTINELLI P.: "Interdizione e amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005, p. 144, para quien, de manera muy expresiva, afirma que como resultado de la reforma legal, ha aparecido "una especie de arco iris, en el cual se pasa de una forma de apoyo a otra con una variedad de combinaciones que pone seriamente en duda la demarcación de los confines entre incapacitación judicial y administración de apoyo entendidas como categorías socialmente distintas".

[134] Éstas y otras preguntas son formuladas por CIAN, G.: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", en *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, p. 493, quien subraya la urgente necesidad de clarificar el contenido de la nueva institución –p. 494-.

[135] BUGETTI, M. N.: "Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 62, subraya la importancia de que los intérpretes y operadores, a la hora de marcar los confines entre incapacitación y administración de apoyo, no desatiendan las normas y principios dictados por el legislador de la reforma, superando, por consiguiente, las viejas categorías de la limitación, de la sustitución y de la incapacitación, para realizar plenamente la función de tutela, entendida como protección de la persona en la valorización máxima de su capacidad.

Podríamos afirmar que en los supuestos de enfermedad mental habitual y permanente de cierta gravedad debería de acudirse a la incapacitación judicial, pero, a tenor del citado art. 404 C.c., ha de concluirse que dicho tipo de enfermedad, por sí sola, no justifica la incapacitación, pudiendo también recurrirse a la administración de apoyo, salvo que la incapacitación sea necesaria para asegurar a la persona "*adecuada protección*"[136], concepto éste jurídico indeterminado, con la consiguiente incertidumbre que ello conlleva.

Súmese a lo anterior que, al beneficiario de la administración de apoyo pueden extenderse determinados (no todos, se entiende, pues en tal caso sería inútil la supervivencia de la figura) efectos de la incapacitación judicial (art. 411, últ. pfo C.c.), en lugar de procederse a su incapacitación judicial, lo que viene a confundir aún más, si cabe, los contornos de ambas instituciones jurídicas que, al tener que coexistir, no pueden ser, evidentemente, idénticas o coincidentes.

¿Cuál es el encuadramiento exacto de la administración de apoyo? ¿Cuándo no puede recurrirse a ella y debe procederse a la incapacitación judicial de la persona privada de autonomía?

Algunos jueces tutelares, sobre la base de lo dispuesto en el art. 404 C.c., acogen como criterio distintivo de las instituciones jurídicas protectoras del sujeto débil su diverso grado de incapacidad, de modo que la administración de apoyo presupone la involucración de la persona frágil en su actuación, aunque su capacidad de obrar se limite a determinados actos jurídicos, en tanto que, en ausencia de toda posibilidad de autodeterminación, el camino obligado es el de la incapacitación judicial. Por tanto, ante una capacidad residual (aun siendo mínima) del sujeto no autónomo, habría que acudir a la administración de apoyo; en cambio, siendo imposible distribuir asuntos entre el administrador de apoyo y la persona frágil, a la cual no puede hacerse partícipe en la toma de su decisiones dado el grado de su enfermedad, debe resultar excluida la administración de apoyo, debiéndose acudir a la incapacitación judicial[137].

Este criterio judicial, marcado por sentencias de la Corte Constitucional y de la de Casación, junto a las contribuciones de prestigiosos autores, ha llevado, poco a poco, a la vieja institución de la incapacitación a una posición meramente residual, una *estrema ratio*[138].

---

[136] BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", cit., p. 492, quien propone la expresión *"mayormente adecuada"*.

[137] Para BORTOLUZZI, A.: "Incapacità e amministrazione di sostegno: norme e prassi a confronto", en *Amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e di giurisprudenza*, Torino, 2005, p. 10, las dos instituciones (alude a tres, al considerar por separado la incapacitación total –interdizione- y la parcial –inhabilitazione-.) responden, en líneas generales, a filosofías distintas: la incapacitación a una protectora de la sociedad (familiar o en general) frente a la "diversidad", en tanto que la administración de apoyo a una promotora de la persona "diversa".

[138] En el carácter residual coincide unánimemente la doctrina italiana. V. por todos, CALÒ: *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6,* cit., pp. 9 y ss. y BONILINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", cit., p. 488.
Como afirma el Tribunal de Venezia, en su decisión de 20 de septiembre de 2006, La Ley 6/2004 atribuye un carácter residual a la institución de la incapacitación judicial, que se convierte, en *"la última posibilidad de protección"* de la persona no autónoma en el ámbito del nuevo título del Código civil. Por tanto, sólo cuando la administración de apoyo, en atención a las necesidades del beneficiario, no es idónea como medida de protección, se abren las puertas de la incapacitación.

Así, el Tribunal Constitucional italiano, en su Sentencia 440/2005, de 9 de diciembre[139], al resolver una cuestión de inconstitucionalidad sobre algunos preceptos del C.c. introducidos por la Ley 6/2004 planteada por un juez tutelar del Tribunal de Venecia al no indicarse claramente los criterios a la hora de elegir entre administración de apoyo e incapacitación judicial, afirma que, tras la disciplina introducida en el C.c. por la Ley 6/2004, el juez tiene el deber de decidir la institución que, de un lado, garantice al incapaz la tutela más adecuada a su caso concreto y, de otro, limite, en la menor medida posible, su capacidad, consintiendo, en caso de elegir la administración de apoyo, que el ámbito de los poderes del administrador correspondan exactamente a las características del caso concreto.

Y continúa: "*Sólo si no considera idóneas las intervenciones de apoyo para asegurar al incapaz dicha protección, el juez puede recurrir a la medida más invasiva de la incapacitación, que atribuye un estado de incapacidad".* Añadiendo: "*en ningún caso los poderes del administrador de apoyo pueden coincidir íntegramente con los del tutor o del curador".*

En el nuevo sistema introducido por la Ley 6/2004, la incapacitación, según la *Corte Costituzionale*, con fundamento en el principio fundamental contenido en el art. 1 de la Ley, *"tutelar, con la menor limitación posible, la capacidad de obrar"*, es una "*estrema ratio"* de carácter residual. De este modo, el Tribunal Constitucional italiano destaca el carácter vinculante del mencionado precepto, pese a no haber sido incluido en el articulado del Código civil.

Así las cosas, la administración de apoyo es configurada como un instrumento de protección jurídica de la persona privada de autonomía, resultando relegada la incapacitación judicial a una medida meramente residual[140] y para situaciones de especial gravedad y prácticamente irrecuperables[141], aplicable sólo cuando asegure una *"adecuada protección"* al individuo, debiéndose siempre perseguir la menor limitación posible de la capacidad de obrar y el respeto a la dignidad del individuo[142].

Esta postura encuentra respaldo en los arts. 2 y 3 de la Constitución italiana, que reconocen y protegen los derechos inviolables del hombre, la igual dignidad social y la igualdad de los ciudadanos, además de la remoción de obstáculos de orden económico y social que, limitando la libertad y la igualdad, impiden el pleno desarrollo de la persona humana. De este modo, se exalta la centralidad de los derechos humanos, que son anteriores o previos al Ordenamiento jurídico.

En esta misma línea marcada por la *Corte Costituzionale*, la *Corte di Cassazione*, en su Sentencia 13584/2006, de 12 de junio[143] (seguida, posteriormente, por las SS. 25366/2006

[139] Comentada por PATTI, S.: "Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale", en *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 136 y ss.; BALESTRA, L.: "Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Familia*, 2006, II, pp. 361 y ss.; TOMMASEO, E.: "L'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte costituzionale", en *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 121 y ss. y VENCHIARUTTI, A.: "Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale", cit., pp. 1101 y ss.

[140] S. de la Corte di Cassazione 13584/2006, ya citada anteriormente y la 25366/2006, de 29 de noviembre.

[141] Por todos, CENDON: "Infermi di menti e altri 'disabili' in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma", cit., p. 119.

[142] SS. de la Corte di Cassazione 25366/2006, 23743/2007, 9628/2009, 17421/2009 y 4866/2010.

[143] Comentada por PATTI: "Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione", cit., pp. 675 y ss. y pp. 811 y ss. y FIORINI, M.: "Uno strumento di intervento flessibile adattabile a tutte le situazioni di disagio", en *Guida dir.,* 2006, n. 27, pp. 81 ss.

y 23743/2007) hace hincapié en que, con la introducción de la nueva figura de la administración de apoyo, se ha producido una quiebra en la ecuación entre enfermedad mental e incapacidad de obrar, subrayando que sólo el caso concreto y las exigencias a satisfacer pueden determinar la elección entre las dos instituciones, *"con la advertencia de que la incapacitación tiene, en todo caso, carácter residual".* En la elección de una u otra medida tuitiva, encuentra la línea demarcadora entre ambas en la *"mayor idoneidad de la administración de apoyo a adecuarse, con mayor agilidad procedimental y flexibilidad, a las exigencias de la persona en todo o en parte privadas de autonomía"*[144].

Así las cosas, *"la administración de apoyo no sólo es preferible en el plano práctico, en consideración de sus menores costes y procedimientos más ágiles, sino también en el ético-social, por el mayor respeto de la dignidad del individuo"*, afirma la *Corte di Cassazione*, en su Sentencia 13584/2006, de 12 de junio[145].

A la vista de todo ello, la jurisprudencia predominante (no unánime) considera la nueva institución de la administración de apoyo (en su versión *"pura" o* meramente asistencial, no agravada o sustitutiva del art. 411, último pfo. C.c.) como la primera opción que ha de considerarse ante la necesidad de protección de una persona frágil[146], de modo que la incapacitación, en la práctica, ha quedado relegada a las hipótesis en las cuales el patrimonio del sujeto sea verdaderamente vasto y de compleja gestión y, por consiguiente, requiera autorizaciones frecuentes, y en aquéllas en las que sea la medida "*más adecuada a la protección de la persona*".

En conclusión, los criterios que pueden orientar al magistrado para decidir la medida tuitiva más adecuada son, entre otros:

1. Un criterio funcional o finalista (S. Cass. 13584/2006, de 12 de junio), que impone tener en cuenta el tipo de actividad (simple o compleja) que debe ser realizada en nombre del beneficiario de la protección y del acceso de éste a las relaciones con el exterior, el cual podría ser fuente de actos perjudiciales para sí mismo, teniéndose en cuenta el costo y la simplicidad del procedimiento, así como la consistencia o entidad del patrimonio a gestionar[147], la complejidad de las operaciones a desarrollar (p. ej. conservación de inmuebles, gestión de amplia cartera de acciones, etc.)[148] y la existencia de una vida social

[144] En el mismo sentido, entre otros pronunciamientos judiciales, Trib. de Busto Arsizio, de 8 de enero de 2008, Trib. de Bari, de 9 de febrero de 2008, Trib. de Bologna, de 22 de mayo de 2008 y Trib. de Trento, de 28 de enero de 2010.
[145] Dicha Sentencia es comentada por BUGETTI, M. N.: "Amministrazione di sostegno e interdizione tra tutela della persona e interessi patrimoniali", en *Corr. Giur.*, 2006, pp. 1533 y ss.
[146] Así, entre los pronunciamientos judiciales más recientes que se inclinan por el carácter prioritario de la administración de apoyo, *vid.* SS. Tribunal de Bologna de 8 de abril de 2008 y Tribunal de Modena de 4 de mayo de 2005 y 22 de mayo de 2009.
[147] DELLE MONACHE, S.: "Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di Diritto sostanziale", en *Nuova giur. Civ. comm.,* 2004, II, pp. 29 y ss. y GORGONI, A.: "L'amministrazione di sostegno: profili sostanziali", en *Riv. Dir. Priv*., 2006, pp. 603 y ss.
[148] Respecto al criterio de la consistencia y complejidad del patrimonio, PATTI: "Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione", cit., pp. 811 y ss., en concreto, p. 814, comentando la S. Corte di Cassazione 13584/2006, de 12 de junio, considera que la propuesta de que la administración de apoyo se aplique sólo en caso de patrimonios de escasa relevancia y de simples operaciones que realizar, es una singular y grave violación del principio de igualdad. Por su parte, BULGARELLI, A.: "Ricchezza e follia non devono condurre all'interdizione", en www.personaedanno.it., 12/2009, cree que la entidad del patrimonio y la complejidad de la actividad a desarrollar no pueden ser, por sí mismas, el presupuesto para la aplicación de una medida más invasiva que la administración de apoyo, puesto que un ingente y complejo patrimonio puede ser administrado

del beneficiario.

Conforme a dicho criterio, habrá que hacer una valoración conjunta[149] de, entre otras circunstancias, la gravedad y duración de la enfermedad, de la subsistencia de un mínimo de vida de relación, de la capacidad del sujeto para cumplir los actos mínimos y percibir la repercusión social de la incapacitación, así como el tipo de actividad que debe ser cumplida en nombre del beneficiario.

En caso de existir el riesgo de que el sujeto que conserve la capacidad de obrar se perjudique a sí mismo o a terceros, debe resultar excluida la administración de apoyo y preferible, pese a su carácter residual, la incapacitación[150].

Atendiendo a la relación del sujeto con el mundo externo[151], teniéndose en cuenta los riesgos personales y patrimoniales en su relación autónoma con los demás, el Tribunal de Varese, en su Decreto de 25 de noviembre de 2009, considera excluida la aplicación de la administración de apoyo, bien en razón de la complejidad del encargo (es decir, cuando se trate de dirigir una actividad de cierta complejidad), bien en razón de la potencialidad (auto o hetero) lesiva de la persona frágil, por tanto, en casos en los cuales sea necesario impedir al sujeto cumplir actos que le sean potencialmente perjudiciales. Justamente ésta, la del riesgo de dañarse a sí mismo o a terceros con independencia del mayor o menor grado de enfermedad o de imposibilidad del sujeto de atender a sus propios intereses, parece trazarse como la línea divisoria entre la administración de apoyo y la incapacitación[152].

2. Un criterio instrumental, que alude a las actividades a desarrollar pero también a la idoneidad de la administración de apoyo para realizarlas, es decir, a garantizar que aquéllas serán efectivamente cumplidas (S. Cass. 9628/2009, de 22 de abril). De este modo, no se

por un administrador de apoyo. Para PALADINI, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno", en *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp. 592-593, la complejidad del patrimonio del sujeto débil no justificaría determinados efectos que la ley contempla para la incapacitación y no para la administración de apoyo, de modo que, por ejemplo, no se justificaría el impedimento al matrimonio para el enfermo mental que haya sido declarado incapacitado (art. 85 C.c.) y no asistido por un administrador de apoyo a causa de la amplitud de su patrimonio, al igual que no se comprendería por qué reservar sólo al incapacitado la posibilidad de ser beneficiario de una sustitución fideicomisaria (art. 692 C.c.). En la misma línea, FIORINI: "Uno strumento di intervento flessibile adattabile a tutte le situazioni di disagio", cit., p. 88, comentando la S. de la Corte di Cassazione de 12 de junio de 2006, considera que podría llegarse a un tratamiento diverso entre sujetos débiles, puesto que, en relación al impedimento matrimonial, que operaría automáticamente en caso de la persona incapacitada judicialmente en razón de la complejidad de su patrimonio, y no, en cambio, en relación al sujeto, igualmente incapaz, pero dada la escasa consistencia de sus bienes, ha resultado sujeto a la administración de apoyo. Acerca de la insuficiencia del criterio de la consistencia y complejidad de patrimonio se pronuncia también GORGONI, A.: "Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione", en *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10, pp. 830-831, pues, siguiéndose tal criterio, la normativa incurriría en un vicio de inconstitucionalidad privando a los ricos de las ventajas de la administración de apoyo. Además, en los otros países, como Francia o Alemania, no se acoge dicho criterio sino el grado de enfermedad. Así, el autor apunta la necesidad de una nueva intervención legislativa que conjugue adecuadamente "fuerza" y justicia", "forma y sustancia" –p. 832-.

[149] TESCARO, M.: "Amministrazione di sostegno", en *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 2007, pp. 9 y ss. subraya la importancia de valorar tales elementos conjuntamente, no de manera aislada.

[150] De esta opinión, PALADINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno", cit., p. 587 y RUSSO, R.: "L'interdizione: misura residuale ma a volte necessaria", en *Fam. e dir.*, 2009, p. 1091.

[151] V. PALADINI: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno", cit., pp. 593-595.

[152] V. Trib. de Busto Arsizio, 8 de enero de 2008, Trib. de Catania, 29 de enero de 2008 y Trib. de Milano, 16 de marzo de 2009.

tiene en cuenta sólo la actividad a desarrollar (si es mínima, simple o compleja, ordinaria, de escasa consistencia patrimonial, etc.), sino la actitud del beneficiario en no discutir los resultados obtenidos por el administrador de apoyo y a no ser expuesto al riesgo de cumplir una actividad negocial perjudicial.

3. Un criterio cuantitativo, que considera la gravedad y la duración de la enfermedad[153].

De todos modos, ha de tenerse en cuenta que, como antes se apuntó, el art. 411, último pfo. C.c. permite al juez tutelar, si así se le solicita mediante recurso (no de oficio), extender al beneficiario de la administración de apoyo determinados efectos o limitaciones previstos por la ley para el incapacitado (p. ej. incapacidad para testar o contraer matrimonio), o bien pasar de la administración de apoyo a la incapacitación judicial y viceversa (arts. 406, pfo. 2º, 413, pfo. 4º, 418 y 429, último pfo. C.c., preceptos que plantean no pocas dudas procesales acerca de la coordinación entre el juez tutelar y el tribunal de incapacitación[154]).

Así las cosas, podríamos decir que los principios cardinales o directrices inspiradores de la administración de apoyo y que deben marcar, en todo momento, la actuación del juez tutelar, sucintamente, son:

1. Conservación, en todo o en parte, de la capacidad de obrar de la persona, valorándose al máximo cada espacio de autonomía del beneficiario (dejando, necesariamente, una mínima autonomía negocial al beneficiario para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana *ex* art. 409.2º C.c.)[155].

2. Exclusión, en lo posible, de remedios invasivos[156].

3. Salvaguardia de la autodeterminación del sujeto en dificultad[157], quien puede designar el administrador de apoyo, solicitar la medida e indicar sus concretas necesidades.

---

[153] El Trib. de Pinerolo, en su Decreto de 4 de noviembre de 2004, considera que, para recurrir a la incapacitación judicial, la enfermedad no sólo tiene que ser grave, sino afectar totalmente a las facultades cognitivas y volitivas del sujeto.
Por su parte, la Corte di Cassazione, en su S. 13584/2006, afirma que el criterio cuantitativo no puede, de por sí, ofrecer un útil instrumento de distinción entre los presupuestos de la administración de apoyo y la incapacitación judicial.

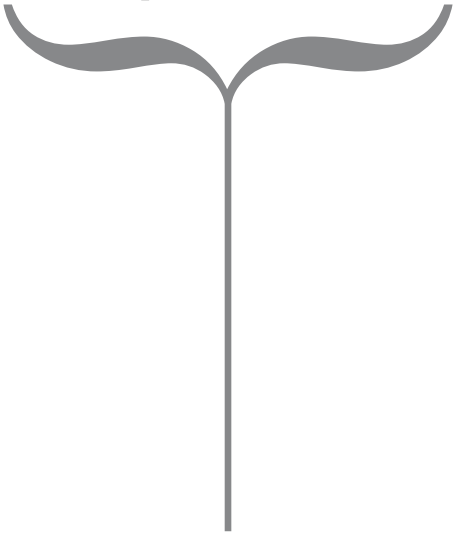
[154] Para un detenido estudio, *vid.* TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., pp. 86-97.

[155] Según el Tribunal de Palmi, en su D. de 24 de octubre de 2004, "a diferencia de la incapacitación, la administración de apoyo permite satisfacer, con una limitación de capacidad sensiblemente menor y sin ninguna estigmatización social, la exigencia de tutela de la persona".
El Tribunal de Milano, en su D. de 16 de marzo de 2009, destaca que la peculiaridad de la administración de apoyo radica en su naturaleza de intervención de mera gestión, no atribuyendo a la persona el status de incapacidad proveniente de un pronunciamiento de incapacitación (…) y concretándose en la puesta al lado del sujeto de un administrador al que el juez atribuya cada vez los poderes de intervención en atención al caso concreto".
Interesante resulta también la S. de la Corte di Cassazione 12466/2007, de 28 de mayo, que casa la sentencia de apelación por no haber tenido en cuenta la designación de una administración de apoyo como medida preferible a la incapacitación, por ser compatible con el mantenimiento de la capacidad de obrar de un sujeto con déficit en la formación de pensamiento.

[156] V. S. Corte di Cassazione n. 13584/2006, de 12 de junio y la n. 17421, de 14 de julio de 2009, en la cual se afirma que "la dignidad de la persona, que podría ser violada por instrumentos demasiado invasivos, es un valor a garantizar y a preservar, aunque el sujeto no sea consciente".

[157] V. S. de App. Roma de 23 de mayo de 2007.

capítulo III



CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIDA PROTECTORA

3.1. SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO

De los arts. 404 y 405, pfo. 2º C.c. se deduce que los presupuestos que han de concurrir para proceder a la aplicación de la administración de apoyo son los siguientes:

1. Enfermedad o minusvalía física o psíquica.

2. Imposibilidad (parcial o total, temporal o permanente), de gestionar autónomamente los propios intereses, personales o patrimoniales.

3. Mayoría de edad[158].

Repárese en que la Ley, huyendo de odiosas etiquetas, ya no se refiere a *"discapacitados"*, sino a personas, permanente o temporalmente, no autosuficientes o no autónomas. A mayor abundamiento, aquella etiqueta ya no satisface plenamente la categoría de personas beneficiadas por la ley[159].

Podríamos concluir que destinatario de la nueva figura tuitiva es cualquier persona mayor de edad no autónoma. Se habla, en este sentido, de la "*fuerza expansiva"* de la administración de apoyo, resultado protegidas todas aquellas personas que no puedan velar ellas mismas por sus propios intereses.

Si el art. 404 C.c. habla de "*enfermedad o minusvalía física o psíquica también parcial o temporal*", es evidente que, como previamente ha sido señalado, también comprende las enfermedades o minusvalías no parciales o temporales, no resultando excluidas, *a priori*,

[158] En caso de ser menor de edad, dado que aún no tiene plena capacidad de obrar, queda sujeto a la patria potestad o tutela en su caso, si bien el art. 405, pfo 2º del *Codice civile* prevé que "*Il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta*". Igualmente, puede solicitarse la incapacitación judicial del menor no emancipado antes de alcanzar la mayoría de edad, posibilidad contemplada por el art. 416 C.c., al igual que lo hace nuestro art. 201 C.c., al establecer *"los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad"*, si bien, como puede observarse, el precepto italiano, al igual que el art. 494 francés, con mayor rigor técnico que el nuestro, determina, por un lado, que se trate de menores de edad no emancipados y, de otro, marca el plazo para promover la incapacitación judicial: el último año de su minoría de edad.
Acerca de la duda que podrían suscitar los arts. 404, 405 y 406 C.c., pues se refieren a una *"persona che si trova nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi"*, sin especificarse la edad del beneficiario de la administración de apoyo y, además, prevén que el recurso pueda ser propuesto por el propio sujeto beneficiario "*anche se minore"*, en el caso del menor de edad no emancipado con cierta madurez pero que aún no haya llegado a la plena capacidad de obrar, no resulta de aplicación la administración de apoyo. Tanto la letra de la ley como la imposibilidad de interpretarla extensivamente abogan por esta solución, pues está en situación de incapacidad legal total para la cual está prevista la patria potestad o, en su defecto, la tutela. De esta opinión, CAMPESE: "L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione", cit., p. 127, para quien la administración de apoyo sí es, en cambio, aplicable al menor emancipado.
Para un estudio más pormenorizado de la cuestión, PESCARA, R.: "Amministrazione di sostegno e minore età", en *Nuova giur. Civ. comm.*, 2004, II, pp. 137 y ss.

[159] Así lo señala VOCATURO: "L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", cit., p. 243.

las enfermedades habituales y permanentes[160]. De este modo, podemos encontrarnos con sujetos incapaces totalmente sometidos a administración de apoyo[161], así como sujetos con capacidad de obrar pero con problemas de capacidad para relacionarse con el exterior, lo que le expone a actos personales y patrimoniales dañosos que hacen que la administración de apoyo sea una medida insuficiente, debiéndose recurrir, por consiguiente, a la incapacitación judicial[162].

La Ley de 2004 ha venido a iluminar, de este modo, la zona de sombra en la cual antes se encontraban aquellas personas que no sufrían de una enfermedad grave que justificase la incapacitación judicial pero, sin embargo, no gozaban de una buena salud psicofísica como para actuar por sí solas.

Además, la Ley se aplica a sujetos afectados por cualquier disfuncionalidad o debilidad psíquica y/o motora, como las personas analfabetas, encarceladas[163], alcohólicas, ludópatas, tóxico dependientes, anoréxicas o bulímicas, depresivas, con síndrome de Down[164], invidentes, ancianas con patología de tipo degenerativo o, sencillamente, debilitadas por la edad y fácilmente sugestionables por terceros[165], las personas hospitalizadas por periodos prolongados de tiempo y sin parientes[166], etc.

[160] A favor de la inclusión de las enfermedades habituales, *vid.* Tribunal de Venezia, de 13 de octubre de 2005 y Tribunal de Bologna, de 14 de junio de 2006. En contra de la aplicación de la administración de apoyo a la persona totalmente incapaz, Tribunal de Monza, de 6 de julio de 2004 y Tribunal de Nocera Inferiore, de 8 de julio de 2004, que considera que la administración de apoyo se ha de aplicar sólo en caso de enfermedad transitoria o no irreversible. En la doctrina, también son contrarios, entre otros, CAMPESE: "L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione", cit.pp. 126 y ss. y RISPOLI, G.: "Amministrazione di sostegno o interdizione?", en *Giur. It.*, 2010, p. 317.

[161] Tribunal de Venezia, de 24 de septiembre de 2004 y 10 de enero de 2006 y la S. de la Corte di Cassazione de 12 de junio de 2006.

[162] En este sentido, Trib. de Milano, de 16 de marzo de 2009.

[163] Para CENDON, P.: "Nuovi diritti e nuovi obblighi nell'ads", en www.personaedanno.it, 9/2008, ads/beneficiario, poteri, diritti, considera aplicable la medida a la persona en prisión durante un tiempo, excluyéndola, por ausencia de debilidad, cuando el detenido disponga de múltiples comodidades en su celda.

[164] Para FALLETTI, E.: "Il matrimonio della disabile sofferente della sindrome di Down (Nota a Trib. Varese 6 ottobre 2009)", en *Giur. It.*, 2010, núm. 4, pp. 846-851, que comenta una decisión del Tribunal Varese de 6 de octubre de 2009 en el que se nombraba un administrador de apoyo a una chica con síndrome de Down para que se ocupara no sólo de la gestión de su patrimonio sino también de cuestiones personalísimas como la celebración del matrimonio y de las decisiones relacionadas con su salud, considera que la institución de la administración de apoyo demuestra ser dúctil y eficaz respecto a las exigencias concretas de la persona afectada de síndrome de Down que, con anterioridad a la Ley de 2004, sólo podían ser consideradas incapacitadas –p. 851-.

[165] Al respecto, resulta interesante el Decreto de 20 de mayo de 2008, con el que la Corte de Apelación de Torino ha confirmado, en sede de apelación, el nombramiento de un administrador de apoyo realizado por el juez tutelar, a instancia de la nieta, a favor de una anciana de 82 años quien, aún en posesión de sus facultades cognitivas levemente alteradas si bien no planteaban problemas significativos en la gestión de su vida diaria, había perdido toda lucidez en la relación con un hombre de 34 años (en el cual, probablemente, proyectaba la figura de un hijo biológico premuerto). La anciana tanto dependía psicológicamente del hombre que hizo a su favor varias disposiciones patrimoniales, de ahí la decisión del juez tutelar de preferir el apoyo institucional y desinteresado de un administrador de apoyo al del interesado supuesto amigo.

[166] El primer Decreto de designación de un administrador de apoyo es del Tribunal de Parma de 2 de abril de 2004, en el cual el juez designaba un administrador para asistir a una persona que, en pocos días, debía someterse a una intervención quirúrgica que la iba a privar de la deambulación por un largo periodo de tiempo (sería, por tanto, un supuesto de deficiencia física), atribuyéndose al administrador el poder de cumplir cualquier acto de administración ordinaria o extraordinaria sobre todos los bienes muebles e inmuebles de la beneficiaria, a quien se reserva la facultad de cumplir actos, sin la asistencia del administrador de apoyo, a quien viene impuesto el límite de no utilizar sumas de la beneficiaria por gastos que superen 4000 euros mensuales. El administrador de apoyo debe pedir autorización para algunos actos, así como está obligado a informar a la beneficiaria y, en caso de disenso, al juez.

En cuanto a la persona extranjera, conforme a la disciplina italiana de Derecho Internacional Privado (concretamente, el art. 43 de la Ley 218/1995, de 31 de mayo), la Ley 6/2004 se aplica a los ciudadanos de nacionalidad italiana, en tanto que a los extranjeros con discapacidad, conforme a las reglas de Derecho Internacional privado, se les ha de aplicar su ley nacional reguladora de tales cuestiones, de tal modo que resultan excluidos del ámbito de aplicación de la administración de apoyo, salvo que la ley extranjera reenvíe a la ley italiana[167], el país de origen del extranjero disponga de una disciplina análoga o compatible con la italiana (sería el caso de Austria o Alemania)[168] o en caso de urgencia en la adopción de medidas (con apoyo en el principio de no discriminación y, en concreto, en los arts. 34 y 35 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea).

No obstante, tal panorama está llamado a cambiar en el futuro, pues, ante la urgente necesidad de dar un enfoque internacional de la protección de las personas vulnerables a causa del progresivo envejecimiento de la población y la libre circulación de las personas que conlleva implicaciones transfronterizas (el denominado fenómeno de la "*gerontoinmigración*"), el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos[169] pretende reforzar la cooperación entre autoridades administrativas y autoridades jurisdiccionales para garantizar una mejor protección de aquellas personas en la Unión Europea, intentando lograr la unificación de criterios comunes en la materia. Ello se incardina dentro de la necesidad de crear un auténtico espacio europeo en el marco de la justicia civil (en el intento de un acercamiento entre *forum* e *ius*) y, en particular, en lo relativo al reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales, como se viene haciendo en materia de patrimonio familiar, sucesiones o testamentos.

Dicho Convenio, que entró en vigor para Escocia, Francia y Alemania el 1 de enero de 2009, intenta resolver cuestiones como la incapacitación judicial de un extranjero, las actuaciones de un tutor fuera del Estado en el que se le nombró, la autorización para la intervención quirúrgica de una persona que no puede prestar consentimiento y que se encuentra fuera de su país, o la validez extraterritorial de los poderes de representación otorgados por un adulto en previsión de su futura incapacidad.

Conforme a su art. 5, son competentes para tomar medidas de protección jurídica sobre un adulto que no pueda valerse por sí mismo las autoridades administrativas o judiciales del Estado de residencia habitual del adulto afectado que, en principio, aplicarán su ley interna[170].

---

[167] Así, CALÒ, E.: "*L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci*, (nota a Tribunale Pordenone 7 marzo 2002)", en *Corr. Giur.*, 2002, p. 775 y "Gli stranieri e l'amministrazione di sostegno", en *Fam. e diritto*, 2004, pp. 417-419 recoge el caso de una ciudadana argentina con domicilio en Italia, a la que el Tribunal de Pordenone, con fecha 7 de marzo de 2002, le aplicó la Ley 6/2004 en virtud del reenvío del art. 7 del C.c. argentino, según el cual *"la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República"* (*vid.* Tribunale de Pordenone de 7 de marzo de 2002 en *Riv. Dir. Int. Priv. proc.*, 2002, pp. 1052-1055).

[168] En este sentido, CALÓ: "Gli stranieri e l'amministrazione di sostegno", cit., pp. 417-418, a quien sigue TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., p. 331, quien califica a la administración de apoyo de "prima hermana" de la "Sachwalterchaft" austríaca y de la "Betreuung" alemana.

[169] Puede consultarse en www.hcch.net.

[170] Para un estudio más detallado, *vid.* PASQUALIS, P.: "L'amministrazione di sostegno e la Convenzione dell'Aja in materia di protezione internazionale degli adulti", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione, Atti del Convegno di Studi "Capacità ed autonomia delle persone"*, Milano, 2002, pp. 97 y ss.

En la práctica, ha de decirse que los jueces tutelares italianos tienden a aplicar la administración de apoyo a los extranjeros residentes[171].

Respecto al inmigrante recién llegado a Italia (con el correspondiente permiso de residencia) que se encuentra completamente perdido ante una realidad nueva y desconocida, debiéndose enfrentar a un idioma que no conoce, con profundas diferencias culturales y con necesidad de realizar numerosos trámites burocráticos, se plantea la posible aplicación de la administración de apoyo, lo que se traduce en un problema interpretativo de la Ley 6/2004, en concreto, de un lado, de los arts. 1 y 2, que aluden a *"personas privadas en todo o en parte de autonomía"*, lo que nos llevaría a dar una respuesta positiva, y, de otro, del art. 3, que contempla como presupuesto de aplicación de la nueva figura jurídica *"una minusvalía física o psíquica tal de determinar la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de velar sus intereses"*, lo que, en cambio, nos conduciría a una negativa.

Ante tal tesitura, la doctrina, guiada por la *"estrella polar"* del art. 1 de la citada Ley, se muestra partidaria de aplicar la administración de apoyo a las personas que tengan alguna dificultad de relación o de gestión[172], por tanto, también incluye las dificultades para enfrentarse a una nueva vida o elección existencial. El administrador de apoyo, en el caso del inmigrante, desarrollaría funciones asistenciales con los operadores sociales, en la oficina del desempleo, con el Ayuntamiento, con el banco, etc. Naturalmente, la adopción de la medida debe ser estudiada en atención a las concretas circunstancias en las cuales se encuentre la persona.

En definitiva, puede afirmarse que la administración de apoyo podría aplicarse a toda persona, mayor de edad, con algún déficit, más o menos grave, persistente o no, de autonomía para gestionar sus propios intereses en la vida cotidiana y, por consiguiente, necesitada de algún tipo de ayuda[173]. De este modo, la administración de apoyo no ha de ir necesariamente unida a una patología física o mental relativa a la salud, sino que puede darse también ante una persona con un déficit distinto, por ejemplo, social; sencillamente, unas situación de no autonomía o dificultad de gestión.

[171] Así, las decisiones, entre otras, del Tribunal de Reggio Emilia de 7 de enero de 2008, Tribunal de Modena de 20 de julio de 2009 (comentada por SERRAO, E.: "Persone con disabilità e vecchie discriminazioni: nuovi strumenti di protezione dall'amministrazione di sostegno. Nota a Tribunale Modena 20/07/2009", en *Giur. Merito*, 2010, 6, pp. 1522-1527), Tribunal de Piacenza de 17 y 26 de octubre y 1 de diciembre de 2009.
Ante la falta de exigencia legal, la doctrina considera que la nacionalidad italiana no es presupuesto de aplicación de la administración de apoyo. En este sentido, TAGLIAFERRI: *L'amministrazione di sostegno nell'intepretazione della giurisprudenza*, cit., pp. 52-53.

[172] CENDON/ROSSI: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applizacioni pratiche*, cit., pp. 911-914.

[173] Resulta curioso el pronunciamiento del Tribunal de Varese de 16 de abril de 2010, que nombró, a instancia de los Servicios Sociales, un administrador de apoyo a un sujeto sin limitaciones que le impidiesen el desarrollo de sus actividades cotidianas, pero que, tras haber caído en una situación de insolvencia, era incapaz de adaptarse a su nueva situación de precariedad económica, debía comenzar un nuevo programa de reconstrucción de sí mismo. Según la Sentencia, *"la nueva medida no debe ser interpretada necesariamente como una cura para una patología"* y que el concepto de personas privadas de autonomía en el desarrollo de las funciones de vida cotidiana *"no ha de ser entendido sólo en sentido físico-estático, sino también jurídico-dinámico, en el sentido que está en tales condiciones el sujeto físicamente impedido o psicológicamente disturbado, pero también el que por una razón no necesariamente patológica no está en condición de asumir, en su propio interés, las elecciones de carácter existencial".*

3.2. LÍNEAS GENERALES ACERCA DE LA ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE APOYO

En el supuesto de que una persona se encuentre privada de autonomía para cuidar de sus propios intereses y tenga necesidad de asistencia para gestionarlos, puede solicitar ella misma o las personas legitimadas para pedir su incapacitación[174], vía judicial, un "*amministratore di sostegno*", figura protectora mucho más elástica que la tutela y la curatela, estimuladora de la capacidad de obrar y de la autodeterminación de la persona beneficiaria del apoyo o ayuda y, en especial, desprovista del estigma social comúnmente asociado a aquellas dos instituciones de guarda, mucho más invasivas y menos respetuosas de la libertad y dignidad de la persona y esencialmente patrimonializadas.

No se trata de un procedimiento *"contra"* sino *"para"* la persona con discapacidad, cuyas exigencias, necesidades y peticiones son tenidas en cuenta por la autoridad judicial a la hora de decidir los poderes-deberes del administrador de apoyo; un remedio personalizado a modo de auténtico "*traje a medida*"[175], no existiendo uno ya previamente cortado y confeccionado. En definitiva, se tiende a la menor limitación posible de la capacidad de la persona[176].

En el decreto de nombramiento judicial[177] del administrador de apoyo, el cual es inmediatamente ejecutivo, se determina, según establece el art. 405 C.c.:

- El tiempo de duración del encargo.
- El objeto del encargo.
- Los actos que el administrador de apoyo tiene el poder de cumplir en nombre y por cuenta del beneficiario.
- Los actos que el beneficiario puede cumplir sólo con la asistencia del administrador de apoyo.
- Los límites, incluso periódicos, de los gastos que el administrador de apoyo puede realizar mediante la utilización de las sumas de las cuales el beneficiario tiene o puede tener disponibilidad.

[174] Para los responsables de los servicios sanitarios y sociales que conocieren hechos que hiciesen necesario el procedimiento de administración de apoyo, resulta un deber recurrir al juez o bien proporcionar información al Ministerio Fiscal (art. 406, pfo. 3º).

[175] Así lo expresa el art. 407, pfo. 2º del *Codice civile*: "*Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa*". V. Trib. de Modena de 26 de octubre de 2007: *"una suerte de 'vestido a medida' cortado para responder a las exigencias individuales, las más variadas posibles, de cuidado y asistencia de la persona y del matrimonio del necesitado"*.

[176] El Tribunal de Pinerolo, en su D. de 4 de noviembre de 2004, afirma que el legislador de 2004, con la previsión de "*la menor limitación posible de la capacidad"*, seguramente ha pretendido salvaguardar un fundamental exigencia de libertad, "che è propria dell'uomo, sano o invalido, lucido od obnubilato, giovanne o vecchio, socialmente affermato o emarginato: un'esigenza su cui sono imperniati i principali diritti della nostra carta costituzionale".

[177] Es competente el juez tutelar del lugar de residencia o domicilio de la persona no autónoma (art. 404 C.c.). Téngase en cuenta que a la elección del administrador de apoyo también puede llegarse durante un juicio de incapacitación judicial, en el cual el juez lo considere oportuno, disponiendo la transmisión del procedimiento al juez tutelar, tal y como establece el art. 418, pfo. 3º C.c.

- La periodicidad con la que el administrador de apoyo debe informar al juez sobre la actividad desarrollada y las condiciones de vida personal y social del beneficiario.

El art. 409 C.c. aclara, expresamente, la extensión de la medida de protección: *"El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieren la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo.*

El beneficiario de la administración de apoyo puede, en todo caso, cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana".

En dicho precepto radica la quiebra del clásico binomio capacidad/incapacidad de obrar[178]. La administración de apoyo es una medida no amputativa, sino ortopédica.

La institución de la administración de apoyo está completamente orientada a la nueva lógica que impone como prevalente el interés del sujeto protegido[179]. De este modo, *"la elección del administrador de apoyo tiene lugar exclusivamente respecto al cuidado y los intereses de la persona del beneficiario" ex* art. 408 *ab initio* C.c. A tal fin, "*el juez debe oír personalmente a la persona a quien se refiere el procedimiento dirigiéndose, cuando sea preciso, al lugar en que ésta se encuentre y debe tener en cuenta, compatiblemente con sus intereses y exigencias de protección de la persona, de las necesidades y de las peticiones de ésta*" (art. 407, pfo. 2º C.c.). En el mismo sentido de máxima valoración de la voluntad de la persona necesitada de asistencia, el art. 410 C.c. ordena al administrador de apoyo desarrollar su cometido teniendo en cuenta las concretas y efectivas *"necesidades y aspiraciones del beneficiario*" a quien aquél debe informar acerca de los actos a realizar, lo que muestra el papel protagonista del beneficiario del apoyo, pudiendo instar él mismo el procedimiento (art. 406 C.c.) o solicitar la sustitución del administrador de apoyo (art. 413 C.c.).

Lo auténticamente novedoso, a mi entender, es ese diálogo frecuente que debe existir entre el beneficiario y el administrador de apoyo, único modo de atender sus deseos y anhelos vitales; en definitiva, hacer posible el ejercicio de su libertad y dignidad[180]. En caso de desacuerdo, el juez tutelar puede intervenir con las medidas oportunas, a instancia del interesado, del Ministerio Fiscal y de los sujetos legitimados *ex* art. 406 (art. 410, pfo.2º C.c.).

El *amministratore di sostegno* suele ser, preferentemente, una persona del entorno familiar. Así, conforme al art. 408 C.c., el propio interesado, en previsión de una futura incapacidad, puede designar mediante acto público o documento privado autenticado, el administrador de apoyo, si bien el Juez puede designar, ante la presencia de graves motivos, otro distinto. Según dispone la mentada norma, *"en la elección, el Juez tutelar prefiere, siempre que sea posible, al cónyuge no separado legalmente, a la persona establemente conviviente,*

178 Así lo subraya GIARDINA: *La persona física*, cit., p. 304.
179 V. GIARDINA: *ibidem*.
180 Como destaca GIARDINA: *La persona física*, cit., p. 306, "se trata de una disposición que introduce una nueva lógica de protección de la persona, no fundada en la exclusión y clásica pérdida de contacto del incapaz con la actividad que le incumbe. El beneficiario de la administración de apoyo, en otros términos, no pierde el control de la actividad que viene desarrollada en su interés, como sucede al sujeto protegido a través de la incapacidad legal absoluta de obrar".

el padre, la madre, el hijo, el hermano o la hermana, el pariente hasta el cuarto grado o el sujeto designado por el progenitor supérstite por testamento, acto público o escritura privada autenticada"[181].

No pueden cubrir las funciones de administrador de apoyo los operadores de servicios públicos o privados que tengan a su cuidado o cargo al beneficiario (art. 408, prof. 3º C.c.), a fin de evitar el riesgo de que surja eventualmente un conflicto de intereses[182].

Parece posible nombrar, a un mismo beneficiario, dos más administradores de apoyo con funciones diferentes[183].

La Ley concede numerosos poderes de oficio al juez tutelar, tanto en el curso del procedimiento dirigido a fijar la administración de apoyo, como con posterioridad a éste. Así, puede adoptar medidas urgentes para el cuidado de la persona interesada y para la conservación y administración de su patrimonio, puede nombrar un administrador de apoyo provisional, indicando los actos a cuyo cumplimiento está autorizado, puede disponer controles de naturaleza médica, puede, en cualquier momento, modificar las decisiones adoptadas, puede declarar el cese de la administración de apoyo cuando ésta se revele no idónea para realizar la plena tutela del beneficiario, trasmite los actos al Ministerio Fiscal, quien interviene siempre en los procedimientos relativos a la administración de apoyo[184].

El nombramiento del administrador de apoyo tiene una duración de 10 años, salvo que se trate de un pariente o del cónyuge o pareja de hecho, en cuyo caso dura para siempre (art. 410, ult. pfo. C.c.).

En cuanto a la ineficacia de los actos realizados, bien por el administrador de apoyo, bien por el propio beneficiario, en infracción de normas o de las disposiciones contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo, el art. 412 C.c. dispone que son anulables a instancia del administrador de apoyo, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o de sus herederos. Las acciones prescriben a los 5 años, a contar desde el cese del régimen de la administración de apoyo.

Respecto a las irregularidades o negligencias del administrador de apoyo, éste puede ser suspendido, removido o condenado al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Sin lugar a dudas, junto a la nueva lógica respetuosa de la persona y centrada en sus

[181] Interesante resulta el caso analizado por ZAGNONI BONILINI, P.: "Rifiuto dell'ufficio di amministratore di sostegno e sanzione penale", en *Fam. pers. e succ.*, 2006, pp. 339-345, en el cual, por Decreto de 11 de agosto de 2005, el juez tutelar de Modena nombró a un administrador de apoyo con funciones en la esfera económico-patrimonial del beneficiario y un co-administrador con funciones de cuidado de la persona. El co-administrador rechazó su nombramiento, no queriendo prestar juramento y el juez tutelar, dada la obligatoriedad del cargo, consideró que la no asunción de su función configuraba un supuesto de hecho delictivo por la falta de ejecución dolosa de una medida judicial, de manera que el juez tutelar encargó al administrador de apoyo presentar una querella, en nombre y por cuenta del beneficiario, frente el co-administrador, *ex* art. 388, últ. pfo. CP.

[182] Si bien la *ratio* de la prohibición es loable, creemos que excluye a personas que, viviendo en contacto con la persona no autónoma y contando con una adecuada preparación profesional, mejor conocen y pueden satisfacer sus exigencias y, pese a ello, nunca podrán ser designadas como su administrador de apoyo.

[183] Sobre la cuestión, *vid.* ARMATI, V.: "Il coamministratore di sostegno dotato di funzioni proprie (a Trib. Modena, 24 ottobre 2005)", en *Notariato*, 2006, I, pp. 819-822, quien se muestra a favor de dicha posibilidad. *Vid. supra* nota 181.

[184] Art. 407 *in fine Codice civile.*

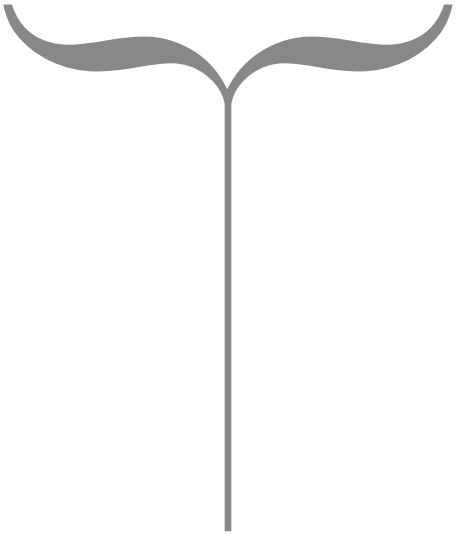
potencialidades y no en su falta de autonomía, el éxito de este nuevo instrumento de protección en Italia radica en un procedimiento judicial para designar el administrador de apoyo muy ágil, rápido e informal[185], de carácter esencialmente gratuito y con posible exoneración de defensa técnica.

Ciertamente, a mayor elasticidad del sistema, mayor control efectivo por parte de la autoridad judicial para evitar que se verifiquen situaciones anómalas o de posibles abusos[186].

[185] En un plazo de 60 días desde la presentación de la petición, el juez procederá al nombramiento del administrador (art. 405.1).

[186] Así lo apunta BUTTITTA: "L'incapacità naturale e l'amministratore di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6)", cit., 488, quien subraya la necesidad de una mayor potenciación de la oficina del Juez tutelar, así como de los servicios territoriales (asistentes y operadores sociales, médicos y psicólogos) de los que se sirve el juez en interés del enfermo –p. 487-.

atrevidas consideraciones de *LEGE FERENDA* para una reforma de nuestro sistema de protección de las personas no autónomas



ATREVIDAS CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA* PARA UNA REFORMA DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS NO AUTÓNOMAS

Comienzo, como no puede ser de otra manera, pidiendo disculpas por la enorme osadía de poner sobre el papel algunas consideraciones conclusivas que pudieran, tal vez, ser mínimamente útiles (así lo espero) para una futura reforma de nuestro sistema tuitivo de las personas no autónomas.

Dicho lo anterior, creo que la normativa española no se encuentra tan desfasada como lo estaba la italiana con anterioridad a la Ley de 2004, si bien ello no implica que no deba seguir avanzando y, sobre todo, llenando espacios jurídicos vacíos, hoy día, completamente inadmisibles.

Mi inmersión en la experiencia italiana, así como el breve estudio comparativo de otras soluciones foráneas, me han permitido reflexionar y extraer conclusiones (probablemente equivocadas), de las cuales he podido individualizar las directrices conforme a las cuales se podría desarrollar una futura reforma legislativa. Éstas son, muy sucintamente, las diez siguientes:

1. Se debería continuar con la dulcificación del lenguaje jurídico, suprimiendo ciertos términos despreciativos y estigmatizantes (p. ej. enfermedad o incapacitación) y acuñando uno único comprensivo de todas las situaciones en las cuales la persona se encuentre privada de autonomía para gestionar sus propios intereses. Ello permitirá superar determinadas dicotomías, unas demasiado anticuadas, como capacidad/incapacidad de obrar, y otras artificialmente diseñadas por la ley, y que sólo generan inútiles fricciones e injustos tratamientos, hoy por hoy, sin resolver, como la de persona con discapacidad/persona incapacitada judicialmente, creada por la LPPD de 2003. Podría pensarse, tal vez, en expresiones como *"personas vulnerables"* o *"personas privadas de autonomía*".

2. Es preciso abandonar el contenido esencialmente patrimonialista de las medidas de guarda y protección, poniendo todo el énfasis en la persona y en sus derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados, no sólo en sus bienes (*cura personae* y *cura patrimonii*).

3. El Derecho ha de cumplir una finalidad terapéutica, la cual nos conduce a una esencial premisa de la cual debe partirse: la capacidad de la persona, la cual debe valorarse y potenciarse al máximo, por mínima que aquélla sea.

4. Con carácter urgente debería darse debida protección jurídica a aquéllas personas que carecen de cierta autonomía pero cuya vulnerabilidad no entra dentro del rígido esquema de la incapacitación judicial. A estos sujetos basta con ofrecer un administrador, un asistente, un apoyo, un *"ángel de la guarda".*

5. A la hora de acometer una reforma de nuestro sistema de medidas tuitivas, sus líneas directrices o cardinales podrían ser, entre otras: de un lado, la máxima personalización, flexibilidad y proporcionalidad de los instrumentos de protección; de otro, la subsidiariedad y residualidad de la incapacitación en caso de que se decidiera seguir manteniendo dicha institución, no siguiendo, pues, los modelos austríaco o alemán.

6. En el caso de optar por la coexistencia de múltiples medidas protectoras de la persona, el legislador debe definir, con suma precisión, los contornos de cada una de ellas, con el fin de evitar problemas de aplicación práctica, tales como los que genera la administración de apoyo y la incapacitación judicial en el Ordenamiento jurídico italiano.

7. Si no se considerara oportuna la introducción *ex novo* en el Ordenamiento español de instrumentos de protección similares a la administración de apoyo italiana o a la reciente asistencia catalana, sería aconsejable, al menos, asimilar, en lo posible, la normativa de la persona incapacitada judicialmente (actualmente, en período de reforma, de la cual estamos a la espera) a la de la de menor de edad, en la cual se encuentran disposiciones que obligan al respeto de su personalidad, a ser oída antes de adoptar decisiones que le afecten, a educarla y procurar una formación integral, a respetar su integridad física y psicológica, etc. El menor, con una capacidad en vías de madurez pero no plena, goza de condiciones legales notablemente mejores que el incapacitado judicialmente.

8. Podría regularse, de manera explícita, la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de adecuada protección a la persona necesitada de ayuda.

9. El sistema de publicidad de las resoluciones judiciales atinentes a la capacidad de la persona debería no ser abierto a la generalidad, sino restringido.

10. Es absolutamente imprescindible dotar a los procedimientos relativos a la capacidad de agilidad y gratuidad, sin que ello vaya en detrimento de las máximas cautelas y garantías.

anexo legislativo

ANEXO LEGISLATIVO

LEGGE 9 GENNAIO 2004, N. 6
"INTRODUZIONE NEL LIBRO PRIMO, TITOLO XII, DEL CODICE CIVILE DEL CAPO I, RELATIVO ALL'ISTITUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E MODIFICA DEGLI ARTICOLI 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 E 429 DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI INTERDIZIONE E DI INABILITAZIONE, NONCHÉ RELATIVE NORME DI ATTUAZIONE, DI COORDINAMENTO E FINALI"

(Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 19 gennaio 2004, n. 14)

Capo I
FINALITÀ DELLA LEGGE

Art. 1.

1. La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.

Capo II
MODIFICHE AL CODICE CIVILE

Art. 2.

1. La rubrica del titolo XII del libro primo del codice civile è sostituita dalla seguente: «Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia».

Art. 3.

1. Nel titolo XII del libro primo del codice civile, è premesso il seguente capo:
«Capo I. - Dell'amministrazione di sostegno.

Art. 404. - *(Amministrazione di sostegno).* - La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

Art. 405. - *(Decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. Durata dell'incarico e relativa pubblicità)*. - Il giudice tutelare provvede entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta alla nomina dell'amministratore di sostegno con decreto motivato immediatamente esecutivo, su ricorso di uno dei soggetti indicati nell'articolo 406. Il decreto che riguarda un minore non emancipato può essere emesso solo nell'ultimo anno della sua minore età e diventa esecutivo a decorrere dal momento in cui la maggiore età è raggiunta.

Se l'interessato è un interdetto o un inabilitato, il decreto è esecutivo dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione.

Qualora ne sussista la necessità, il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione e l'amministrazione del suo patrimonio. Può procedere alla nomina di un amministratore di sostegno provvisorio indicando gli atti che è autorizzato a compiere.

Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione:

1) delle generalità della persona beneficiaria e dell'amministratore di sostegno;

2) della durata dell'incarico, che può essere anche a tempo indeterminato;

3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario;

4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno;

5) dei limiti, anche periodici, delle spese che l'amministratore di sostegno può sostenere con utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità;

6) della periodicità con cui l'amministratore di sostegno deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario. Se la durata dell'incarico è a tempo determinato, il giudice tutelare può prorogarlo con decreto motivato pronunciato anche d'ufficio prima della scadenza del termine. Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura ed ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare nel corso dell'amministrazione di sostegno devono essere immediatamente annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro. Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno e il decreto di chiusura devono essere comunicati, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario. Se la durata dell'incarico è a tempo determinato, le annotazioni devono essere cancellate alla scadenza del termine indicato nel decreto di apertura o in quello eventuale di proroga.

Art. 406. - *(Soggetti)*. - Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'articolo 417.

Se il ricorso concerne persona interdetta o inabilitata il medesimo è presentato congiuntamente all'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione davanti al giudice competente per quest'ultima.

I responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso di cui all'articolo 407 o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero. Art. 407. - *(Procedimento).* - Il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno deve

indicare le generalità del beneficiario, la sua dimora abituale, le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore di sostegno, il nominativo ed il domicilio, se conosciuti dal ricorrente, del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario.

Il giudice tutelare deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce recandosi, ove occorra, nel luogo in cui questa si trova e deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa.

Il giudice tutelare provvede, assunte le necessarie informazioni e sentiti i soggetti di cui all'articolo 406; in caso di mancata comparizione provvede comunque sul ricorso. Dispone altresì, anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica e tutti gli altri mezzi istruttori utili ai fini della decisione.

Il giudice tutelare può, in ogni tempo, modificare o integrare, anche d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno. In ogni caso, nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno interviene il pubblico ministero.

Art. 408. - *(Scelta dell'amministratore di sostegno).* - La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario. L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il giudice tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata. Le designazioni di cui al primo comma possono essere revocate dall'autore con le stesse forme.

Non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario. Il giudice tutelare, quando ne ravvisa l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del giudice tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo.

Art. 409. - *(Effetti dell'amministrazione di sostegno).* - Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana.

Art. 410. - *(Doveri dell'amministratore di sostegno).* - Nello svolgimento dei suoi compiti l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario. L'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonchè il giudice tutelare in caso di dissenso con il beneficiario stesso. In caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddisfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'articolo 406 possono ricorrere al giudice tutelare, che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti.

L'amministratore di sostegno non è tenuto a continuare nello svolgimento dei suoi compiti oltre dieci anni, ad eccezione dei casi in cui tale incarico è rivestito dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dagli ascendenti o dai discendenti.

Art. 411. - *(Norme applicabili all'amministrazione di sostegno).* - Si applicano all'amministratore di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 349 a 353 e da 374 a 388. I provvedimenti di cui agli articoli 375 e 376 sono emessi dal giudice tutelare.

All'amministratore di sostegno si applicano altresì, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 596, 599 e 779.

Sono in ogni caso valide le disposizioni testamentarie e le convenzioni in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente.

Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni. Il provvedimento è assunto con decreto motivato a seguito di ricorso che può essere presentato anche dal beneficiario direttamente.

Art. 412. - *(Atti compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno in violazione di norme di legge o delle disposizioni del giudice).* - Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge, od in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice, possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del pubblico ministero, del beneficiario o dei suoi eredi ed aventi causa.

Possono essere parimenti annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno.

Le azioni relative si prescrivono nel termine di cinque anni. Il termine decorre dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione di sostegno.

Art. 413. - *(Revoca dell'amministrazione di sostegno).* - Quando il beneficiario, l'amministratore di sostegno, il pubblico ministero o taluno dei soggetti di cui all'articolo 406, ritengono che si siano determinati i presupposti per la cessazione dell'amministrazione di sostegno, o per la sostituzione dell'amministratore, rivolgono istanza motivata al giudice tutelare.

L'istanza è comunicata al beneficiario ed all'amministratore di sostegno.
Il giudice tutelare provvede con decreto motivato, acquisite le necessarie informazioni e disposti gli opportuni mezzi istruttori.

Il giudice tutelare provvede altresì, anche d'ufficio, alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario. In tale ipotesi, se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il pubblico ministero, affinché vi provveda. In questo caso l'amministrazione di sostegno cessa con la nomina del tutore o del curatore provvisorio ai sensi dell'articolo 419, ovvero con la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione».

2. All'articolo 388 del codice civile le parole: «prima dell'approvazione» sono sostituite dalle seguenti: «prima che sia decorso un anno dall'approvazione».
3. Dall'applicazione della disposizione di cui all'articolo 408 del codice civile, introdotto dal comma 1, non possono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.

Art. 4.
1. Nel titolo XII del libro primo del codice civile, prima dell'articolo 414 sono inserite le seguenti parole:

«Capo II. - Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale».
2. L'articolo 414 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 414. - *(Persone che possono essere interdette).* - Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione».

Art. 5.
1. Nel primo comma dell'articolo 417 del codice civile, le parole: «possono essere promosse dal coniuge» sono sostituite dalle seguenti: «possono essere promosse dalle persone indicate negli articoli 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente».

Art. 6.
1. All'articolo 418 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Se nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare. In tal caso il giudice competente per l'interdizione o per l'inabilitazione può adottare i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'articolo 405».

Art. 7.
1. Il terzo comma dell'articolo 424 del codice civile è sostituito dal seguente: «Nella scelta del tutore dell'interdetto e del curatore dell'inabilitato il giudice tutelare individua di preferenza la persona più idonea all'incarico tra i soggetti, e con i criteri, indicati nell'articolo 408».

Art. 8.
1. All'articolo 426 del codice civile, al primo comma, dopo le parole: «del coniuge,» sono inserite le altre: «della persona stabilmente convivente,».

Art. 9.
1. All'articolo 427 del codice civile, al primo comma è premesso il seguente: «Nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, o in successivi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, può stabilirsi che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore».

Art. 10.
1. All'articolo 429 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Se nel corso del giudizio per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione appare opportuno che, successivamente alla revoca, il soggetto sia assistito dall'amministratore di sostegno, il tribunale, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione degli atti al giudice tutelare».

Art. 11.
1. L'articolo 39 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, approvate con regio decreto 30 marzo 1942, n.û318, è abrogato.

Capo III
NORME DI ATTUAZIONE,
DI COORDINAMENTO E FINALI

Art. 12.
1. L'articolo 44 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, approvate con regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, è sostituito dal seguente: «Art. 44. Il giudice tutelare può convocare in qualunque momento il tutore, il protutore, il curatore e l'amministratore di sostegno allo scopo di chiedere informazioni, chiarimenti e notizie sulla gestione della tutela, della curatela o dell'amministrazione di sostegno, e di dare istruzioni inerenti agli interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario».

Art. 13.
1. Dopo l'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, approvate con regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, è inserito il seguente: «Art. 46-*bis*. Gli atti e i provvedimenti relativi ai procedimenti previsti dal titolo XII del libro primo del codice non sono soggetti all'obbligo di registrazione e sono esenti dal contributo

unificato previsto dall'articolo 9 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115».

2. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, valutato in euro 4.244.970 a decorrere dall'anno 2003, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2003-2005, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2003, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della giustizia.
3. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Art. 14.
1. L'articolo 47 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, approvate con regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, è sostituito dal seguente: «Art. 47. Presso l'ufficio del giudice tutelare sono tenuti un registro delle tutele dei minori e degli interdetti, un registro delle curatele dei minori emancipati e degli inabilitati ed un registro delle amministrazioni di sostegno».

Art. 15.
1. Dopo l'articolo 49 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, approvate con regio decreto 30 marzo 1942, n. 318, è inserito il seguente: «Art. 49-*bis*. Nel registro delle amministrazioni di sostegno, in un capitolo speciale per ciascuna di esse, si devono annotare a cura del cancelliere:

1) la data e gli estremi essenziali del provvedimento che dispone l'amministrazione di sostegno, e di ogni altro provvedimento assunto dal giudice nel corso della stessa, compresi quelli emanati in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 405 del codice;
2) le complete generalità della persona beneficiaria;

3) le complete generalità dell'amministratore di sostegno o del legale rappresentante del soggetto che svolge la relativa funzione, quando non si tratta di persona fisica;

4) la data e gli estremi essenziali del provvedimento che dispone la revoca o la chiusura dell'amministrazione di sostegno».

Art. 16.
1. All'articolo 51 del codice di procedura civile, al primo comma, al numero 5, dopo la parola: «curatore» sono inserite le seguenti: «, amministratore di sostegno».

Art. 17.
1. Al capo II del titolo II del libro quarto del codice di procedura civile, nella rubrica, le parole: «e dell'inabilitazione» sono sostituite dalle seguenti: «, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno».

2. Dopo l'articolo 720 del codice di procedura civile è inserito il seguente: «Art. 720-*bis. - (Norme applicabili ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno).* - Ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 712, 713, 716, 719 e 720.

Contro il decreto del giudice tutelare è ammesso reclamo alla corte d'appello a norma dell'articolo 739.

Contro il decreto della corte d'appello pronunciato ai sensi del secondo comma può essere proposto ricorso per cassazione».

Art. 18.
1. All'articolo 3, comma 1, lettera *p),* del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n.û313, sono aggiunte, in fine, le parole: «, nonchè i decreti che istituiscono, modificano o revocano l'amministrazione di sostegno».

2. All'articolo 24, comma 1, del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n.û313, la lettera *m)* è sostituita dalla seguente: «*m)* ai provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e relativi all'amministrazione di sostegno, quando esse sono state revocate».

3. All'articolo 25, comma 1, lettera *m),* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n.û313, sono aggiunte, in fine, le parole: «, nonchè ai decreti che istituiscono, modificano o revocano l'amministrazione di sostegno».

4. All'articolo 26, comma 1, lettera *a),* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n.û313, sono aggiunte, in fine, le parole: «ai decreti che istituiscono o modificano l'amministrazione di sostegno, salvo che siano stati revocati;».

Art. 19.
1. Nell'articolo 92, primo comma, dell'ordinamento giudiziario, approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, dopo le parole: «procedimenti cautelari,» sono inserite le seguenti: «ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, ai procedimenti».

Art. 20.
1. La presente legge entra in vigore dopo sessanta giorni dalla data della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale.*

LEY 25/2010, DE 29 DE JULIO, DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA

(BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010, con entrada en vigor el día 1 de enero de 2011)

CAPÍTULO VI
La asistencia

Artículo 226-1. *Nombramiento de asistente.*

1. La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.

Artículo 226-2. *Contenido de la asistencia.*

1. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente.

2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas.

3. En el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.

Artículo 226-3. *Anulabilidad de los actos de la persona asistida.*

Los actos jurídicos que la persona asistida realice sin la intervención del asistente, si esta intervención es necesaria, son anulables a instancia del asistente o de la persona asistida. También lo son a instancia del tutor, si se constituye la tutela, y de los herederos de la persona asistida, en el plazo de cuatro años a contar de la puesta en tutela o el fallecimiento de esta.

Artículo 226-4. *Modificación de la asistencia.*

1. A instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente si es necesaria dadas las circunstancias.

2. Si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial.

Artículo 226-5. *Extinción de la asistencia.*

1. La asistencia se extingue por las siguientes causas:

a) Por el fallecimiento o declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida.

b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron.

c) Por la incapacitación de la persona asistida.

2. En el supuesto del apartado 1.b), la autoridad judicial, a instancia de parte, debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.

Artículo 226-6. *Régimen jurídico.*

En la medida en que sean compatibles con la función de asistencia, se aplican al asistente las normas del presente código en materia de aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como las relativas a la rendición de cuentas si el asistente tiene atribuidas funciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona asistida.

Artículo 226-7. *Publicidad registral.*

1. La asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros.

2. La toma de posesión del cargo de asistente debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial.

anexo jurisprudencial

ANEXO JURISPRUDENCIAL

A.- JURISPRUDENCIA EUROPEA
STEDH de 30 de abril de 2009 (TEDH 2009, 47)

B.- JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

TRIBUNAL SUPREMO
STS. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2009 (JUR 2009\218033)

TRIBUNALES INFERIORES
SAP de Asturias (Sección 5ª), de 11 de octubre de 2006 (AC 2006\1866)

C.- JURISPRUDENCIA ITALIANA

CORTE COSTITUZIONALE
S. Corte Costituzionale 440/2005, de 9 de diciembre

CORTE DI CASSAZIONE
S. Cass. 13584/2006, de 12 de junio
S. Cass. 25366/2006, de 29 de noviembre
S. Cass. 12466/2007, de 28 de mayo
S. Cass. 9628/2009, de 22 de abril
S. Cass. 17421/2009, de 24 de julio
S. Cass. 4866/2010, de 1 de marzo

OTROS TRIBUNALES
Trib. Nocera Inferiore de 8 de julio de 2004
Trib. Venezia de 24 de septiembre de 2004
Trib. Palmi de 24 de octubre de 2004
Trib. Pinerolo de 4 de noviembre de 2004
Trib. Modena de 15 de noviembre de 2004
Trib Ancona de 14 de junio de 2005
Trib. Venezia de 13 de octubre de 2005
Trib. Reggio Emilia de 4 de noviembre de 2005
Trib. Venezia de 10 de enero de 2006
App. Venezia, III Sez. Civ. de 16 de enero de 2006
Trib. Bologna de 14 de junio de 2006
Trib. Reggio Emilia de 13 de septiembre de 2006
Trib. Venezia de 4 de diciembre de 2006
App. Roma de 23 de mayo de 2007
Trib. Modena de 26 de octubre de 2007

Trib. Busto Arsizio de 8 de enero de 2008
Trib. Catania de 29 de enero de 2008
Trib. Bologna de 31 de enero de 2008
Trib. Monza de 21 de febrero de 2008
Trib. Bologna 3 de mayo de 2008
App. Bari de 2 de diciembre de 2008
Trib. Piacenza de 20 de diciembre de 2008
Trib. Milano de 16 de marzo de 2009
Trib. Catanzaro de 9 de abril de 2009
Trib. Varese de 25 de noviembre de 2009
Trib. Cassino de 17 de diciembre de 2009
Trib. Varese de 16 de abril de 2010

anexo bibliográfico

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

A) BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

AAVV: *Tratado sobre Discapacidad*, DE LORENZO, R./PÉREZ BUENO, L. C. (coords.), Pamplona, 2007.

AGUIRRE ZAMORANO, P.: "La sentencia de incapacidad: alcance y efectos", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 265-287.

ALONSO PÉREZ, M./MARTÍNEZ GALLEGO E. Mª./REGUERO CELADA, J. (coords.): *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, 2004.

ALVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, 1999.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ C. de: "¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de mayores", en *RDP*, enero-febrero 2006, pp. 9-68.

ARROYO I AMAYUELAS E.: "Del mandato 'ordinario' al mandato 'de protección'", en *RJN,* núm. 49, enero-marzo 2004, pp. 9-62 y en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* GONZÁLEZ PORRAS, J. M./MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 363-396.

BARREIRO PEREIRA, X. A.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 28, 2005, pp. 71-92.

BARRIOS FLORES, L. F.: "El tratamiento ambulatorio forzoso: experiencias de Derecho Comparado y propuestas de regulación en España", en *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 127-150.

BELLO JANEIRO, D.: "Autotutela e incapacitación voluntaria", en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, pp. 35-69 y en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (coord.), Madrid, 2007, pp. 23-51.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- "La incapacidad de personas afectadas por enfermedades de carácter cíclico", en *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pp. 107-112.
- (coord.): *Comentarios al Código civil*, Elcano (Navarra), 2001, *sub* arts. 234 y 235.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El 'apoderamiento o mandato preventivo' como medida de protección de las personas mayores". Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008].

BONÉ PINA, J. F.: "La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña", en *Actualidad civil*, núm. 1, 2000, pp. 81-126.

CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Madrid, 2007.

CALCEDO ORDOÑEZ, A.: "La pericial médica en el procedimiento de incapacitación civil", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 227-264.

CAMPO GËRRI, M. A.: "La autoprotección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad", en *RJN*, núm. 34, 2000, pp. 9-39.

CANO TELLO, C. A.: *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Madrid, 1984.

CHIMENO CANO, M.:
- "Acerca de la esterilización no curativa de incapaces", en *La Ley,* núm. 3, 2000, pp. 1719-1721.
- *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Pamplona, 2004.

COMES MUÑOZ, E./ESCALONILLA MORALES, B. Mª: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 169-226.

CORDERO CUTILLAS, I.: "La discapacidad e incapacitación judicial", en *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo 2006, pp. 1157-1190.

CORTÉS MARGALLO, B.: "Derecho civil y protección del discapacitado", en *Revista internacional de estudios económicos y empresariales*, núm. 15, 2003, pp. 175-178.

COUTO GÁLVEZ, R. Mª: "Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La 'autotutela' en Cataluña", en *RGLJ*, núm. 1, 2000, pp. 17-30.

DE LORENZO, R./PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 3-123.

DÍAZ ALABART, S.:
- "Principios de protección jurídica del discapacitado", en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Santiago de Compostela, 2004, pp. 93-116.

- *Et alii: La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad),* Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, en http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres / web_juridica/ inicial.htm.

DURÁN CORSANEGO, E.: *La autorregulación de la tutela*, Madrid, 2007.

FÁBREGA RUÍZ, C. F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Mª. B.: "La autotutela", en *Actualidad civil,* núm. 4, 2002, pp. 1275-1282.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: "La esterilización de incapacitados: regulación y criterios para la autorización judicial", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 453-485.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.:
- "La protección de las personas mayores en el Derecho civil francés", en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, Vol. 1, Madrid, 2008, pp. 515-580.
- "La superación de la subasta pública judicial como procedimiento para la enajenación de ciertos bienes de incapacitados y menores sometidos a tutela", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, coord. por S. DE SALAS MURILLO, Zaragoza, 2010, pp. 565-584.

GANZENMÜLLER ROIG, C.:
- "El internamiento involuntario", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 365-395.
- (dir.): *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de Octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno*, en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.:
- *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1993.
- "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo", en *Actualidad Civil,* 1999, núm. 2, pp. 553-581.

GONZÁLEZ GRANDA, P.:
- "Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas (I)", en *La Ley*, núm. 6521, 7 de julio de 2006.
- "Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas

manifestaciones normativas (y II)", en *La Ley*, año XXVII, núm. 6522, de 10 de julio de 2006.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, 1997.

HERNÁNDEZ VIADEL, M.: "Tratamiento ambulatorio involuntario: opinión de las personas implicadas", en *Archivos de psiquiatría*, vol. 70, núm. 1, 2007, pp. 65-74.

HUERTAS MARTÍN, I.: *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil: (aspectos procesales y sustantivos),* Granada, 2002.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"*: La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico español*, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ CLAR A. J.:

- "Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los Enduring Powers of Attorney", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm. 8, 2003*,* pp. 21-36.
- "La autotutela y los apoderamientos preventivos", en *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados, Valencia 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004*, RUEDA PÉREZ, M. Á. (coord.), Valencia, 2005*,* pp. 115-156.

JIMÉNEZ SORIA, J.: "El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares: referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz", en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. VII, 1997, Madrid, pp. 57-100.

LASARTE ÁLVAREZ, C., MORETÓN SANZ, Mª. F., y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.): *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007.

LEÑA FERNÁNDEZ, R.:

- *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997.
- "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado", en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000.

LETE DEL RÍO, J. M.:

- *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, *sub* art. 236.
- "El proceso de incapacitación", en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2001, pp. 1475-1510.
- "La esterilización del deficiente psíquico", en *Actualidad civil*, núm. 4, 2002, pp. 113-132.

LÓPEZ FRÍAS, Mª. J.: "Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado", en *Actualidad Civil,* núm. 13, 2003, pp. 327-338.

LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: "El tratamiento ambulatorio involuntario", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 397-451.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: "Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 779-810.

LUNA SERRANO, A.:

- "Previsiones negociales de protección de las personas mayores", en *Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (coords.), Córdoba, 2001, pp. 35-51.
- "Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección de las personas mayores", en *Revista galega de Administración Pública*, núm. 35, 2003, pp. 123-140.

MÁRQUEZ CARRASCO, C.: *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Deusto (Bilbao), 2008.

MARÍN CALERO, C.: *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. Mª.: "Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela", en *Protección jurídica de los mayores*, MARTÍNEZ GALLEGO/ALONSO PÉREZ/REGUERO CELADA (coords.), 2004, pp. 145-166.

MARTÍNEZ GARCÍA M. A.: "Reflexiones sobre la autotutela y los llamados 'apoderamientos preventivos'", en *La Notaría,* núm. 2, febrero 2000, pp. 41-64.

MORENO NAVARRETE, M. A./MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: *El trastorno mental transitorio en las relaciones de Derecho privado*, Madrid, 2008.

MORETÓN SANZ, Mª. F.:

- "Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o independencia)", en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2007, pp. 15-27.
- "El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones 'bajo su responsabilidad'", en *Diario La Ley*, núm. 7246, 2009.

MUÑOZ CONDE, F.: "La esterilización de deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994", en *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 2, pp. 185-210.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 289-364.

ORDÁS ALONSO, M.: *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid, 2008.

OSSORIO SERRANO, J. M.: *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987.

PALOMINO DÍEZ, I.: *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Valencia, 2006.

PEREÑA VICENTE, M.:

- "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre 2004, pp. 1758-1772.
- *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Madrid, 2007.
- "Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007", en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2235-2253.
- "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, núm. 1, 2007, pp. 1862-1870.
- "El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés", en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2040, 2007, pp. 2647-2659.
- *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor,* Madrid, 2008.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.:

- "La autotutela como medio de protección de los mayores", en *Problemas legales sobre tutela. asistencia y protección a las personas mayores*, GONZÁLEZ PORRAS, J. L./GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (coords.), Córdoba, 2001.
- "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil", en *RDP*, núm. 85, 2001, pp. 937-974.
- (coord.): *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2007.

QUESADA GONZÁLEZ, Mª. C.: *Tutela y otras instituciones de protección de la persona (un estudio de sentencias, autos y resoluciones)*, Barcelona, 2004.

ROMERO CANDAU, P. A.: "Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad", en *Academia Sevillana del Notariado*, T. VIII, 1995, pp. 443-473.

ROVIRA SUEIRO, Mª: *Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad*, Madrid, 2005.

RUBIO TORRANO, E.: "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14.

RUIZ JIMÉNEZ, J.: "El procedimiento de incapacitación: consecuencias jurídicas de la pérdida de capacidad de las personas mayores", en *La protección de las personas mayores*, LASARTE, C. (dir.), MORETÓN SANZ. Mª. F. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), Madrid, 2007, pp. 179-196.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M./GARCÍA ALGUACIL, Mª J.: *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Cizur Menor (Navarra), 2004.

SALAS MURILLO, S. de:
- *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, 2002.
- (coord.): *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010.

SALAZAR MURILLO, J.: "Reconocimiento legal de la discapacidad", en *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), Madrid, 2007, pp. 735-777.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.:
- "Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad", en *Actualidad civil*, núm. 9, 2005, pp. 1029-1044.
- *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados,* Valencia, 2006.

SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, Valencia, 2000.

SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1989.

SANTOS URBANEJA, F.: "Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores: ¿Qué debemos proteger?, ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas?, en *Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, GONZÁLEZ PORRAS. J. L./GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (coords.), Córdoba, 2001.

SEOANE RODRIGUEZ, J. A.:
- *La esterilización de incapaces en el Derecho Español,* A Coruña, 1996.
- *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 1998.
- y ALVAREZ LATA, N.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, A Coruña, 1999.

SERRANO ALONSO, E.: "Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela", en *La Ley*, 1984-2, pp. 1117-1122.

SERRANO GARCÍA, I.:
- (coord.): *La protección jurídica del discapacitado,* Valencia. 2003.
- "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en *RJN*, núm. 52, 2004, pp. 231-274.

SERRANO MOLINA, A.: *La remoción del tutor*, Madrid, 1999.

SILLERO CROVETTO, B.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en

La protección de las personas mayores, LASARTE, C. (dir.), MORETÓN SANZ, Mª. F. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), Madrid, 2007, pp. 162-178.

TASENDE CALVO, J.: "Discapacidad y proceso civil", en *Aranzadi civil*, núm. 2, 2007, pp. 2465-2488.

TEJEDOR MUÑOZ, F. J./VEGA GUTIÉRREZ, J./MARTÍNEZ BAZA, P.: "Problemática de la legitimación activa en la esterilización de incapaces: el derecho de objeción de conciencia", en *La Ley,* 2000-2, pp. 1702-1705.

TORRES DEL MORAL, A./VILLARRUBIA GONZÁLEZ, Mª. L.: "La constitucionalización de los derechos del minusválido", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 2, 1979, pp. 51-94.

TORRES MATEOS, M. A.: *Tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados y defensor judicial*, Cizur Menor (Navarra), 2007.

VALDÉS ALONSO, A.: "Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de minusvalía al incapacitado permanente total", en *Relaciones Laborales: Revista crítica de Teoría y Práctica*, núm. 1, 2008, pp. 543-547.

VAQUER ALOY, A.: "La autotutela en el Código civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en *La Ley*, núm. 5961, 24 de febrero de 2004, pp. 1859-1865.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *El envejecimiento de la Población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*, Barcelona 2002.

VIVAS TESÓN, I.:

- *La protección económica de la discapacidad,* Barcelona, 2009.
- "Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 22, núm. 1, julio 2009, pp. 55-76.
- "Personas con discapacidad, barreras arquitectónicas y Propiedad Horizontal", en la *Revista Administración Rústica y Urbana*, editada por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas, núm. 149, julio de 2009, págs. 42-45.
- "La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía", en La Ley, núm. 7292, 26 noviembre 2009, pp. 4-9.
- "Mujer y discapacidad", en *Investigación y Género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 1469-1487.
- "La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica", en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Mª Luisa ATIENZA NAVARRO, Raquel EVANGELIO LLORCA, Mª Dolores MAS BADÍA, Mª Pilar MONTES RODRÍGUEZ (coords.), Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2009, págs. 975-984.
- "La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica", en *Estudios en Homenaje a Rafael Ballarín*, MAS BADÍA, Mª D. (coord.), Valencia, 2009.

- "La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad", en *RCDI*, núm. 718, marzo-abril, 2010, pp. 585-618.
- "La protección legal de la discapacidad: un nuevo presente y futuro", Sección Opinión, en *Revista Digital Activa*, Seguridad Social, febrero-marzo, 2010.
- "La autotutela en Derecho Comparado: un mecanismo de autoprotección en previsión de una futura incapacitación judicial", en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, La Ley-Argentina, Año 2, núm. 2, 2010, pp. 207-214.
- "Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pp. 1053-1083.
- *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos,* Madrid, 2010.
- "La tutela aquiliana de las relaciones intrafamiliares", en *Hogar familiar y relaciones patrimoniales en la familia*, LASARTE ALVAREZ, C. (dir.), Tecnos, Madrid. 2011.
- **"**La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares", en *RDPat.*, núm. 26, 2011, pp. 335-347.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (coord.): *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, 1984.

B) BIBLIOGRAFIA ITALIANA

ABBATE, M.: "Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia", en *Gli incapaci maggiorenni*. *Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. NAPOLI, Milano, 2005.

ACCATTATIS, V.: "L'impatto della Legge 180 nell'Ordinamento italiano", en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. CENDON, Napoli, 1988.

AIMERITO, F. *et alii*: *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità*, Torino, 2008.

AMATO, E.: "Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina", en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1993, pp. 101-139.

ANDRINI, M. C.: "L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

ANELLI, F.: "Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia", en *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004.
ANTONICA, M. C.: "L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inabilitazione", en *Famiglia e Diritto*, 2004, pp. 528-536.

ARMATI, V.: "Il coamministratore di sostegno dotato di funzioni proprie (a Trib. Modena, 24 ottobre 2005)", en *Notariato*, 2006, I, pp. 819-822.

AUSILI, G.: "Incapacità naturale e tutela degli interdetti", en *Dir. fam. e persone*, 1992, pp. 52-56.

AUTORINO STANZIONE, G.:

- *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo,* Napoli, 1990.
- "La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nel'ordinamento francese", en *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, pp. 523 y ss.
- "La persona disabile nella prospettiva comparatistica", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI, Torino, 2003.
- "Le amministrazioni di sostegno nella esperienze europee", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.

AUTORINO STANZIONE G./ZAMBRANO V. (a cura di): *Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004.

BACCARINI, P.: *L'amministratore di sostegno*, Milano, 2006.

BALESTRA, L.:

- "Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno", en *Familia*, 2005, p. 599-671.
- "Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Familia*, 2006, II, pp. 361 y ss.

BELLUSI, G.: "L'ospedale psichiatrico e la Legge 180/1978", en *Giur. mer*., 1980, IV, pp. 1005-1011.

BIANCA, C. M.: "Per una radicale riforma del sofferente psichico", en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. CENDON, Napoli, 1988.

BONILINI, G.:

- "La designazione dell'amministratore di sostegno (Prima parte)", en *Studium iuris*, 2004, II, pp. 1051-1060.
- "La capacità di testare e di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno", en *Fam. pers. e succ.*, 2005, pp. 9-16.
- "L'anzianità non può giustificare, da sola, l'attivazione dell'amministrazione di sostegno", en *Fam*, *pers. e succ.*, 2006, I, pp. 333-338.
- "Residualità dell'interdizione giudiziale, e non necessarietà dell'istituzione dell'amministrazione di sostegno", en *Fam., pers. e succ.*, 2007, pp. 404-409.
- "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale", en *Fam., pers. e succ.*, 2007, pp. 488-496.
- "Tutela delle persone prive d'autonomia e amministrazione di sostegno" e "I presupposti dell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. BONILINI/A. CHIZZINI, Padova, 2ª ed. 2007.

BONILINI, G./CHIZZINI, A.: *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2ª ed. 2007.

BONILINI, G./TOMMASEO, F.: *Dell'amministrazione di sostegno*: *artt. 404-413*, Milano, 2007.

BORTOLUZZI, A.: "Incapacità e amministrazione di sostegno: norme e prassi a confronto", en *L'amministrazione di sostegno: applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Torino, 2005.

BRANDI, G.: *Il cittadino e l'amministrazione di sostegno: un nuovo Diritto per i malati di mente (e non solo),* Firenze, 2005.

BRUSCUGLIA, L.:
- *L'interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983.
- Voce "*Interdizione"*, en *Enciclopedia giuridica italiana*, XVII, Roma, 1989.

BUFFONE, G.: "Amministrazione di sostegno e Convenzione di New York", en www.personaedanno.it, 4/2009, ads/generalità varie.

BUGETTI, M. N.:
- "Ancora sul discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione", en *Corr. Giur*, 2006, pp. 776-783.
- "Amministrazione di sostegno e interdizione tra tutela della persona e interessi patrimoniali", en *Corr. Giur*, 2006, pp. 1533-1540.
- "Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 56-62.
- "*Amministrazione 'incapacitante' e necessità della difesa tecnica"*, en *Corr. Giur.*, 2007, pp. 204-212.

BULGARELLI, A.:
- "*La procura di sostegno ovvero l'amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica"*, en *Giur. it.,* 2005, pp. 1843 y ss.
- "Prodigalità: inabilitazione o amministrazione di sostegno? Nota a Tribunale Modena, 20 marzo 2008", en *Giust. civ*. 2008, 9, pp. 2038 y ss.
- "Ricchezza e follia non devono condurre all'interdizione", en www.personaedanno.it., 12/2009.

BUSNELLI, F. D./BRECCIA, U. (a cura di): *Tutela della salute e Diritto privato*, Milano, 1973.

BUTTITTA, R.: "L'incapacità naturale e l'amministratore di sostegno (L. 9 gennaio 2004, n. 6)", en *Vita notarile*, 2004, pp. 483-488.

CALÒ, E.:
- "*L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci*, (nota a Tribunale Pordenone 7 marzo 2002)", en *Corr. Giur.*, 2002, I, pp. 775-780.
- *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6,* Milano, 2004.
- "La nuova legge sull'amministrazione di sostegno"*,* en *Corr. Giur.*, 2004, II, pp. 861-869.

- "Gli stranieri e l'amministrazione di sostegno", en *Fam. e diritto*, 2004, pp. 417-419.
- "Autonomia e autodeterminazione del beneficiario", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

CAMPESE, G.: "L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione", en *Famiglia e Diritto*, 2004, 2, pp. 122-138 y en *Il Reo e il Folle*, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

CAMPIONE, R.: **"**Direttive anticipate di trattamento sanitario e amministrazione di sostegno", en *Fam. e dir.*, 2006, pp. 525-532.

CARBONE, E.:
- "Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire", en *Nuova. Giur. Civ. e comm.*, 2004, II, pp. 537-561.
- *"Libertà matrimoniale e nuovo statuto dell'infermo di mente"*, en *Familia*, 2004, II, pp. 1027-1054.

CARLESSO, G.: "Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: confronto dal punto di vista dei beneficiari", en www.personaedanno.it, 2/2008, ads/finalità della legge, destinatari.

CARUSO, E.: "L'assistenza nell'ordinamento tedesco", en *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. NAPOLI, Milano, 2005.

CASSANO, G.: *L'amministrazione di sostegno: questioni sostanziali e processuali nell'analisi della giurisprudenza*, Camerino, 2006.

CASTRONOVO, C.: "La legge 180, la Costituzione e il dopo", en *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di P. CENDON, Napoli, 1988.

CENDON, P.:
- *Il prezzo della follia. Lesione della salute e responsabilità civile*, Bologna, 1984.
- "Infermi di menti e altri 'disabili' in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma", en *Giur. it*, 1988, IV, pp. 117-141.
- (a cura di): *Un altro Diritto per il malatto di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988.
- "Amministrazione di sostegno: osservazioni sul progetto unificato di legge nn. 960-4040", en *Il malato di mente tra interdizione e abbandono: quale tutela?*, a cura di E. ZANALDA, Torino, 1997.
- "La tutela civilistica dell'infermo di mente", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione,* Atti del Convegno di Studi "Capacità ed autonomia delle persone", a cura di S. PATTI, Milano, 2002.
- *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.
- "Un nuovo diritto per i malati di mente", en www.altalex.it, 2004.
- "Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni", en *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.

- "Infermità di mente e Diritto privato", en *Legislazione sanitaria e status del malato di mente. XI Congresso internazionale di legge e psichiatria*, Firenze, 2005.
- "Amministrazione di sostegno: cosa, quando, come comunicare", en www.altalex.it, 2006.
- "Soggetti deboli, avvocato, amministrazione di sostegno (Nota a Trib. Biella 10 luglio 2007)", en *Giur. It.*, 2007, pp. 2481-2486.
- "Soprassedere dall'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi… (Nota a Trib. Trieste 5 ottobre 2006)", en *Giur. It.*, 2007, pp. 84-88.
- "I beneficiari potenziali dell'ads", en www.personaedanno.it., 7/2008, ads/finalità della legge, destinatari.
- *100 domande e risposte sull'amministrazione di sostegno. Guida pratica per le famiglie e gli operatori socio-sanitari*, Firenze, 2008.

CENDON, P./ROSSI, R.: *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e aplicazioni pratiche*, Torino, 2009.

CHIARLONI S.: "Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.

CHIZZINI, A.: "I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. BONILINI/A. CHIZZINI, Padova, 2005.
CIAN, G.: "L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee", en *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, pp. 481-495.

CIMAGLIA, G./COVATTA, A.: *L'invalidità civile e la tutela della disabilità*, Milano, 2005.

CIOCIA, M.: "Amministrazione di sostegno: un supporto per gli anziani (Nota a Trib. Modena 24 febbraio 2005)", en *Giur. It.*, 2005, II, 1626-1630.

CIPOLETTI, M.: "La legislazione italiana e la legislazione europea: confronto tra le figure tutelari previste nei diversi ordinamenti", en *Amministrazione di sostegno*, a cura di L. MARAVITA, Milano, 2005.

CORDA, I.: *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: Questioni processuali*, Milano, 2010.

COSCIONI, G.: "L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario (Nota a Tribunales Modena 5 novembre 2008)", en *Fam. Pers. e Succ.*, 2009, fasc. 10, pp. 798-805.

D'ATENA, P.: *L'immagine della malattia e del malato mentale e la Legge 180/78*, Roma, 1997.

DE AMICIS, A.: "La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure", en *Giur. Merito*, 2009, pp. 2375-2388.

DE CUPIS, A.:
- "Il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente", en *Riv. dir. civ.*, 1983, II, pp. 116-127.
- "Ancora sul matrimonio per infermità mentale", en *Riv. dir. civ*, 1987, II, pp. 529-531.

DELLE MONACHE, S.: "Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di Diritto sotanziale", en *Nuova Giur. Civ. e comm.*, 2004, II, pp. 29-57.

DI SAPIO, A.: "A proposito di tre ordinanze della Corte costituzionale e dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione (Nota alla Ordinanza della Corte Costituzionale 19 aprile 2007, n. 128)", en *Dir., fam. e pers.*, 2008, pp. 9-45.

DOSSETTI, M./MORETTI, M./MORETTI, C.: *L'amministratore di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione: L. 9 gennaio, n. 6*, Milano, 2004.

FALLETI, E.: "Il matrimonio della disabile sofferente della sindrome di Down (Nota a Trib. Varese 6 ottobre 2009)", en *Giur. It.*, 2010, núm. 4, pp. 846-851.

FERRANDO, G.:
- "Incapacità e consenso al trattamento medico", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI, Torino, 2003.
- "Il beneficiario", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di en S. PATTI, Milano, 2005.
- (a cura di): *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005.
- "*Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate"*, en *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 923-930.

FERRANDO, G./LENTI, L. (a cura di): *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006.

FERRANDO, G./VISENTINI, G. (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003.

FIGONE, A.: "Nuove alternative alla tutela", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISINTINI, Torino, 2003.

FIMIANI, P.: "Amministrazione di sostegno e testamento biologico", en *Giust. civ.* 2010, pp. 93-103.

FIORINI, M.: "Uno strumento d'intervento flessibile adattabile a tutte le situazioni di disagio (Commento a S. Corte Cass. 12 giugno 2006, n, 13584)", en *Guida al Diritto,* 2006, n. 27, pp. 87-88.

FORTINI, F.: *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Torino, 2007.
FURGIUELE, G.: "Il matrimonio dell'infermo di mente", en *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. CENDON, Napoli, 1988.

FRANZOT, S.: "Un bilancio sull'amministrazione di sostegno a quasi tre anni dalla sua istituzione", en www.personaedanno.it., 12/2006.

GASSO, L.: "Note critiche in tema di amministrazione di sostegno (Nota a Trib. Modena 26 gennaio 2009)", en *Giur. It.*, 2009, III, pp. 2432-2436.

GENNARI, G.: "L'indecifrabile confine tra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Fam., Pers. e Succ.*, 2006, I, pp. 511-519.

GIAMPETRAGLIA, R.: *L'amministrazione di sostegno: Spunti ricostruttivi e propositivi*, Napoli, 2007.

GIARDINA, F.: "La persona fisica", en *Trattato di Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, vol. I, 2009, pp. 251-334.

GORGONI, A.: "Amministrazione di sostegno e infermità: difficile coesistenza con interdizione e inabilitazione", en *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10, pp. 821-832.

GOZZI, M.: "La Cassazione sul discrimine fra amministrazione di sostegno e interdizione", en *Famiglia e Diritto*, 1, 2010, págs. 15-23.

GRASELLI, G.: "Non necessità dell'assistenza di un difensore nel procedimiento di nomina dell'amministratore di sostegno" (Nota a Trib. Modena 22 febbraio 2005)", en *Giur. It.*, 2005, III, pp. 2077-2081.

KLEMENT, K.: "Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno (Sachwalterschaft)", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi su "Capacità ed autonomia della persona", Roma 20 de junio de 2002, a cura di S. PATTI, Milano, 2002.

LANDINI, S.: **"**Amministrazione di sostegno: primi orientamenti sulla recente disciplina in materia di misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia (nota a Trib. Firenze 3 giugno 2004)", en *Foro it.*, 2005, I, pp. 3482-3486.

LENZI, R.: "L'amministrazione di sostegno: un profilo comparantistico", en *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2005.

LISELLA, G.:

- "Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali", en *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 738-790.
- "Infermità fisica o mentale e codice civile. Note su una proposta di riforma", en *Rass. di Dir. Civ.,* 1989, pp. 53-82.
- "Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su un'attesa innovazione legislativa", en *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pp. 216 y ss. y en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI, Torino, 2003.
- *"I poteri dell'amministratore di sostegno"*, en *Il Reo e il Folle*, Edizioni Polistampa,

Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005 y en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.

MARCOZ, G.: "La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno", en *Rivista del Notariato*, 2005, I, p. 523-546.

MARCELLINO, F.: "Le amministrazioni di sostegno dal sapore (amaro) di interdizione", en www.personaedanno.it., 5/2008, ads/interdizione, inabilitazione.

MARTINELLI, P.: "Interdizione e amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005, pp. 135 y ss.

MASONI, R.:
- "Amministrazione di sostegno ed interdizione: dal diritto al dovere di sotegno (Commento a Trib. Milano 20 febbraio 2006)", en *Giur. Merito*, 2007, pp. 35-48.
- "Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni", en *Giur. Merito*, 2010, pp. 102-118.

MASONI, R./FAROLFI, A.: "Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di 'fine vita'", en *Nuova giur. Civ. comm*., 2010, núm. 5, pp. 429-448.

MAZZA GALANTI, F.: "La legge sull'amministrazione di sostegno a tre anni dalla sua entrata in vigore. Prassi, problemi e prospettive", en www.personaedanno.it, 6/2007.

MENGONI, L.:
- "La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo", en *Riv. Trim. di Dir. Proc. Civ.*, 1982, pp. 1117-1136.
- *Osservazioni generali*, *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli, 1988.

MILONE, L.:
- "Il disegno di legge n. 2189 sull'amministrazione di sostegno", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione* a cura di S. PATTI, Milano, 2002.
- "*Il beneficiario, il giudice tutelare, l'amministratore di sostegno: le relazioni"*, en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

MONTESERRAT PAPPALETTERE, E.:
- "L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, pp. 27-37.
- "Amministrazione di sostegno: la giurisdizione a servizio dei soggetti svantaggiati (Nota a Trib. Modena 15 novembre 2004)", en *Giur. di merito*, 2005, II, pp. 1074-1086.

NAPOLI, E. V.:
- "Handicappato mentale, protezione giuridica e prospettive di riforma: profili terminologici, inadeguatezza dell'attuale sistema di protezione giuridica ed esigenze di riforma", en *Diritto di famiglia e delle persone*, 1986, pp. 1234-1242.

- "La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania", en *Riv. Dir. Civ.*, 1995, I, pp. 539-545.
- "Una terza forma d'incapacità d'agire? Note a margine di una proposta di legge sull'amministrazione di sostegno", en *Giust. civ*., 2002, II, pp. 379-383.
- "L'interdizione e l'inabilitazione", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.
- (a cura di): *Gli incapaci maggorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.
- "Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di PATTI, Milano, 2009.
- *Amministrazione di sostegno*, Padova, 2009.

NARDELLI, M.: "L'amministrazione di sostegno, la perdita della capacità processuale e l'interruzione del proceso. Nota a Tribunale Verona 22 aprile 2010", en *Giur. merito* 2010, pp. 2977-2984.

NOCERA, S.: "Amministrazione di sostegno, ecco cosa cambia", en www.superabile.it/Superabile/HomePage.

PAGLIANI, G.: "Trattamenti sanitaria fine vita e ammnistrazione di sostegno", en *Giur. di Mer.*, 2009, II, págs. 1776-1796.
PALADINI, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno", en *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pp. 585-602.

PARENTE, F.: "Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi", en *Rassegna di Diritto civile,* 2005, II, pp. 704-724.

PASQUALIS, P.: "L'amministrazione di sostegno e la Convenzione dell'Aja in materia di protezione internazionale degli adulti", en *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione, Atti del Convegno di Studi "Capacità ed autonomia delle persone"*, Milano, 2002.

PATTI, S.:
- "Ancora sul favor del Diritto civile per gli incapaci (e su una innovazione di segno opposto dell'ordinamento francese)", en *Riv. dir. civ*., 1983, II, pp. 642-646.
- "La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione", en *Quaderni di familia*, Giuffrè, Milano, 2002.
- (a cura di): *L' amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.
- "La nuova misura di protezione", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di. G, FERRANDO, Milano, 2005.
- "Amministrazione di sostegno: una corretta applicazione della nuova disciplina (Nota a Trib. Palmi 24 maggio 2004)", en *Fam., Pers. e Succ.,* 2005, pp. 132-134.
- "Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale (Nota a Corte Costituzionale 9 dicembre 2005, n. 440)", en *Fam., Pers. e Succ.,* 2006, I, pp. 136-143.
- "Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione", en *Fam., pers. e succ.*, 2006, II, p. 811-814.

PAZÈ, P. C.:
- "L'amministrazione di sostegno a confronto con i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI G., Torino, 2003.
- "L'amministrazione di sostegno", en *Il Reo e il Folle*, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.
- "L'amministrazione di sostegno", en www.altalex.it.

PERIFANAKI ROTOLO, V.: "Capacità e incapacità d'agire nell'ordinamento greco", en *Gli incapaci maggiorenni*. *Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. NAPOLI, Milano, 2005.

PERLINGERI, P.: "Gli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente. A proposito dell'handicappato psichico permanente", en *Rass. di Dir. Civ.*, 1985, pp. 46-61.

PESCARA, R.: "I provvedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci", en *Trattato di Diritto privato* (diretto da RESCIGNO), Torino, 1982.
PINI, M.: *Amministrazione di sostegno e interdizione: la riforma del sistema de protezione delle persone prive di autonomia*, Milano, 2004.

PISANO, F.: "Diritti dei soggetti deboli e misure di protezione (nota a Trib. Venezia 13 ottobre 2005)", en *Fam., Pers. e Succ.*, 2006, I, pp. 425-432.

PISCHETOLA, A.: "Gli atti compiuti dal beneficiario o dall'amministratore di sostegno in violazione di norme di legge o delle disposizioni del giudice", en *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di A. BORTOLUZZI, Torino, 2005.

PRIORE C.: "L'attività autonoma del beneficiario", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

RISPOLI, G.: "Amministrazione di sostegno o interdizione? Una scelta difficile", en *Giur. It.,* 2010, núm. 2, pp. 317-319.

ROMA, U.:
- "L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione", en *Nuove leggi civ.comm*, 2004, pp. 993-1038.
- *"Le nozioni di stabile convivenza e di convivenza nella disciplina dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione e dell'inabilitazione"*, en *Nuova giur. civ. comm*., 2006, II, pp. 504-518.

ROMOLI T.: "Le invalidità nell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

ROPPO V./DELLA CASA M.: *"*L'amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge*",* en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

RUSCELLO, F.:
- "'Amministrazione di sostegno' e tutela dei 'disabili'. Impressioni estenmporanee su una recente legge", en *Studium iuris*, 2004, I, pp. 149-156.
- "L'apertura dell'amministrazione di sostegno. I presuposti sostanziali", en *Familia*, 2004, II, pp. 719-736.
- "Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici (Nota a Trib. Modena 15 settembre 2004)", en *Famiglia e Diritto*, 2005, pp. 85-94.

RUSSO, R.: "L'interdizione: misura residuale ma a volte necessaria (Nota a Cass. Civ. 24 luglio 2009, n. 17421)", en *Fam. e Dir.,* 2009, pp. 1085-1092.

SALITO G./MATERA P.: "Amministrazione di sostegno tra Sein und Sollen", en *Giur. Mer.*, 2005, pp. 1086-1103.

SASSANO, F.: *La tutela dell'incapace e l'amministrazione di sostegno: legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Rimini, 2004.

SBARBARO, F. M.: "Il tramonto della logica autoritativa nel trattamento della disabilità", en *Fam., pers. succ.*, 2007, pp. 410-422.

SCARDULLA, F.: Voz "Inabilitazione", en *Enc. del dir.*, XX, s.d., Milano, 1970, p. 845.

SERRAO, E.: "Persone con disabilità e vecchie discriminazioni: nuovi strumenti di protezione dall'amministrazione di sostegno. Nota a Tribunale Modena 20 luglio 2009", en *Giur. Merito*, 2010, 6, pp. 1522-1527.

SESTA, M.: "Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario (Nota a Cass. Civ. 12 giugno 2006, n. 13584)", en *Famiglia e Diritto*, 2007, pp. 31-39.

SIMEOLI, D.: Voce "Amministrazione di sostegno", en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI aggiornamento, 2008, 4.

SITZIA, F.: Voz "Curatela", capítulo II de la voz "Tutela e curatela (diritto romano)", en *Novissimo Digesto it*., XIX, Torino, 1973, p. 912-919.

TAGLIAFERRI, C.: *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, Piacenza, 2010.

TOMMASEO, F.:
- "Amministrazione di sostegno e difesa tecnica (Nota a Trib. Padova 21 maggio 2004)", en *Famiglia e Diritto*, 2004, pp. 607-611.
- "L'amministrazione di sostegno: i profili processuali", en *Studium iuris*, 2004, II, pp. 1061-1066.
- "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia", en *Commentario breve al Codice civile* CIAN-TRABUCCHI, a cura di CIAN, Padova, 2004.

- "La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno", en *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.
- "L'amministrazione di sostegno al vaglio della Corte costituzionale (Nota a Corte Cost. 9 dicembre 2005, n. 440)", en *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 121-128.
- "Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Corte di Cassazione (Nota a Cass. Civ. 29 novembre 2006, n. 25366)", en *Famiglia e diritto*, 2007, pp. 19-30.

TRENTANOVI S.: *La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del giudice tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi*, en *Il Reo e il Folle*, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/ gennaio-giugno 2005.

TRICOMI, I.: "Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduzione nella misure", en *Guida al Diritto*, 2004, núm. 5., pp. 26-30.

TRIPODI, F.: "L'amministrazione di sostegno in un caso particolare: un modello flessibile di tutela dei bisogni dell'incapace (Nota a Trib. Milano 23 settembre 2004)", en *Dir. fam. e persone*, 2005, pp. 559-568.

ULISSE, N.: "Si consolida l'orientamento a favore dell'amministrazione di sostegno" en www. personaedanno.it., 9/2008, ads/finalità della legge, destinatari.

VECCHI, P. M.: "La riforma austriaca della tutela deli incapaci", en *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, pp. 37-51.

VENCHIARUTTI, A.:
- *La protezione civilistica dell'incapace,* Milano, 1995.
- "La protezione civilistica del sofferente psichico", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI, Torino, 2003.
- "Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione dopo la L. 6/2004", en www.altalex.it n. 862 del 22 de noviembre de 2004.
- "Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità", en *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.
- "Poteri dell'amministratore di sostegno e situazione del beneficiario (Nota di commento a Trib. Pienorolo 4 novembre 2004)", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, pp. 1-17.
- "Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale (Nota a Corte Cost. 9 dicembre 2005, n. 440)", en *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, pp. 1101-1111.

VIORA, M.: Voce "Tutela e curatela (Diritto intermedio)", *Novissimo Digesto it*., XIX, Torino, 1973.

VISINTINI, G.: "Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove

regole", en *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli,* a cura di G. FERRANDO, Milano, 2005.

VOCATURO, S.: "L'amministrazione di sostegno; la dignità dell'uomo al di là dell'handicap", en *Rivista del Notariato*, 2004-III, pp. 241-248.

VULLO E.:
- "Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno", en *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 284-290.
- "Alcuni problemi della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno", en *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 431-442.

ZAGNONI BONILINI, P.: "Rifiuto dell'ufficio di amministratore di sostegno e sanzione penale", en *Famiglia, persone e successioni*, 2006, I, pp. 339-345.

ZATTI P.: "Oltre la capacità di intendere e volere", en *Follia e diritto*, a cura di G. FERRANDO/G. VISENTINI, Torino, 2003.

WEBGRAFIA

www.altalex.it
www.leggiditaliaprofessionale.it
www.parlamento.it
www.personaedanno.it
www.filodiritto.com


Observatorio
estatal de la
Discapacidad

Observatorio estatal de la Discapacidad

Ganador de la Primera Edición
del Premio de Investigación
del Observatorio Estatal de la Discapacidad

Inmaculada Vivas Tesón

Observatorio estatal de la Discapacidad

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

JUNTA DE EXTREMADURA
Consejería de Salud y Política Social

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

CERMI
COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

UEX

futuex