

***IN DUBIO PRO CAPACITATE, IN DUBIO PRO LIBERTATE
(SOBRE LA INTERPOSICIÓN DE ACCIÓN DE DIVORCIO
POR PERSONA SUJETA A CURATELA). COMENTARIO
A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 767/2024, DE 30 DE MAYO
(ECLI:ES:TS:2024:2920)****

***IN DUBIO PRO CAPACITATE, IN DUBIO PRO LIBERTATE:
(FILING OF DIVORCE ACTION BY THE PERSON SUBJECT TO
GUARDIANSHIP). COMMENTARY TO THE SPANISH SUPREME
COURT JUDGEMENT NUMBER 767/2024, 30TH MAY
(ECLI:ES:TS:2024:2920)***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 674-697

* La presente obra se enmarca en el Proyecto de investigación "Impacto social de la tutela civil de las personas con discapacidad" (PID2023-151835OB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España, del que son Investigadores principales los Profesores José Ramón de Verda y Beamonte y Pedro Chaparro Matamoros; así como en el Proyecto de Investigación "Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad (REFDIS)" CIAICO/2023/024 financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalidad Valenciana, del que son Investigadores principales los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López, y en el Grupo de Investigación "Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía" (DERVUL), inscrito con referencia GIUV2022-532 en el Registro de Estructuras de Investigación de la Universitat de València (REIUV), del que es director el profesor Pedro Chaparro Matamoros.

Gonzalo
MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo a analizar aborda un supuesto controvertido, en el cual se plantea si es obligatorio que el curador consienta la interposición de una acción de divorcio por parte de su curatelado. El Alto Tribunal concluye que dicho acto jurídico no se encuentra en los previstos por la institución establecida, ni, en principio, lo podría estar recogido. No obstante, se suscitan interesantes cuestiones sobre cómo puede comprobar el Tribunal la voluntad del curatelado, y, a nuestro entender, si en otras circunstancias el curador sí estaría facultado para interponerla.

PALABRAS CLAVE: Acción de divorcio; curador; curatelado; medidas de apoyo; voluntad; deseos; preferencias.

ABSTRACT: *The recent judgment of the Supreme Court to be analyzed deals with a controversial case, in which the question arises as to whether it is mandatory for the curator to consent an action for divorce filed by ward. The High Court concludes that such legal act is not among those provided for by the established institution, nor, in principle, could it be included. However, interesting questions remain as to how the Court can verify the will of the ward, and, in our opinion, whether in other circumstances the guardian would be entitled to bring such an action.*

KEY WORDS: *Divorce action; curator; ward; support measures; will; wishes; preferences.*

SUMARIO.- I. PRELIMINAR.- II. ¿ERA NECESARIA LA REFORMA? III. MEDIDAS APLICABLES.- 1. Medidas formales e informales.- 2. Medidas voluntarias, judiciales y legales.- IV. EL RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS.- 1. El interés de la persona con discapacidad.- 2. *In dubio pro capacitate, in dubio pro libertate.*

SUPUESTO DE HECHO

1º) Jorge y Teodora contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1975.

2º) En agosto de 2018, Teodora abandonó el domicilio familiar y se trasladó a la vivienda de su hija Estefanía.

3º) Se instó un proceso de modificación de la capacidad de Jorge, quien se opuso. Este procedimiento concluyó con sentencia el 10 de febrero de 2020, posteriormente ratificada en apelación, que acordó la modificación parcial de la capacidad de Jorge y el nombramiento de su hija Estefanía como curadora, cuya autorización sería necesaria para la realización de los “actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos y para la supervisión de su tratamiento médico y todo lo relativo a su salud”.

4º) En junio de 2021, al poco tiempo de adquirir firmeza esa sentencia, Jorge, bajo la misma representación procesal y asistencia jurídica con la que se había opuesto a la modificación de capacidad, presentó la demanda de divorcio.

5º) Teodora se opuso a la demanda, al entender que el demandante carecía de legitimación activa, ya que no podía entablar la demanda sin la intervención de su curadora, pues una demanda de divorcio es un acto jurídico complejo para el cual la sentencia de modificación de la capacidad exigía la intervención de la curadora.

6º) La sentencia de primera instancia estimó la demanda de divorcio y puso hincapié en el hecho de que la esposa había abandonado el domicilio hacía ya tres años.

7º) Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó la legitimación del demandante para pedir el divorcio sin necesidad de apoyo o complemento de la capacidad. Razonó que entre los actos para los que se acordó la necesidad de apoyo de la curadora no estaba la facultad de solicitar la disolución del matrimonio, ni lo estaría ahora tampoco el ejercicio del derecho a contraer, en su caso, nuevo matrimonio.

• Gonzalo Muñoz Rodrigo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil en la Universitat de València, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Grado. Máster en Abogacía y en Derecho de la Empresa por la misma Universidad e, igualmente, doctor por las Universidades de Valencia y Bolonia, con la máxima calificación, sobresaliente cum laude y mención internacional. Correo electrónico: gonzalo.munoz@uv.es.

8º) Frente a la sentencia de apelación se presentó un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

9º) El 29 de febrero de 2024 el Ministerio Fiscal emitió un informe por el cual señalaba que la naturaleza del acto personalísimo del consentimiento matrimonial implica que este consentimiento no puede sustituirse por el del tutor, ni completarse por el curador. Además, en este caso, la sentencia que establece las medidas de apoyo no expresó nada acerca de la intervención del curador para actos relacionados con el matrimonio, y la sentencia de divorcio, dictada por la misma sala que resolvió en apelación sobre las medidas de apoyo, entendió que no estaba comprendido entre los actos que requerían complemento de capacidad instar la disolución de matrimonio o volver a contraerlo en su caso. No obstante, consideró que debería fijarse doctrina por la Sala en el sentido de que el órgano jurisdiccional puede y debe acordar de oficio la exploración de la persona con apoyos como salvaguarda para interpretar cuáles son sus deseos, voluntad y preferencias cuando en el curso de un procedimiento surjan dudas al respecto.

10º) El Tribunal Supremo desestima ambos recursos y concluye que Jorge tiene plena capacidad para interponer la acción de divorcio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) Los "actos jurídicos complejos" son de naturaleza patrimonial y no personal.

2º) Tanto la acción de divorcio como el acto de contraer matrimonio son derechos personalísimos que no puede sustituirse por el tutor ni completarse por el curador.

3º) No formando parte del régimen de actuación del curador la acción de divorcio, el curatelado tiene plena legitimación para interponer la misma.

4º) Aunque puedan existir dudas sobre la persistencia en la voluntad del curatelado, el Tribunal no tiene la obligación de acordar una entrevista personal, cuando de la prueba practicada en la vista con la presencia del mismo sea posible cerciorarse que su voluntad no ha variado.

COMENTARIO

I. PRELIMINAR.

La presente sentencia se enmarca dentro de la nueva regulación acaecida tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este cambio normativo ha supuesto un hito sin precedentes en el Derecho Civil

español que altera sustancialmente el régimen jurídico que hasta el momento se aplicaba a las personas que, por los motivos que fueran, no eran capaces de ejercitar adecuadamente su capacidad jurídica.

Anteriormente, el Código Civil establecía el método de la incapacitación como una forma que garantizar que aquellas personas que no pudieran gobernarse por sí mismas tuvieran una adecuada protección. De modo que, si la persona era privada del ejercicio de su capacidad jurídica, debería someterse a una tutela, como si de un menor de edad se tratase. En ese sentido, adquiriría significado la diferenciación que la doctrina tradicionalmente había hecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que la primera tenía únicamente que ver con la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, la segunda se enfocaba en el espectro de su ejercicio. Por tanto, el incapacitado, si bien podía ser propietario de una vivienda, no la podría enajenar a un tercero, dado que sería necesaria la representación de su tutor.

Cabe destacar que, aunque la tutela se contemplaba como el método principal de actuación en estos casos, también existía la curatela como una medida menos intervencionista de enfrentarse al fenómeno de la discapacidad. Asimismo, el Código Civil recogía otras situaciones como la prodigalidad, en las cuales la figura del curador resultaba idónea. No obstante, a pesar de la impresión que se pudiera llevar un lector joven o poco experimentado, la regulación que contenía el Código Civil no adolecía de una excesiva rigidez, puesto que había sido flexibilizada por la jurisprudencia.

Esto es, debido a que uno de los principales motivos que han auspiciado el cambio normativo ha sido la supuesta no adaptación de la legislación española a la Convención de Nueva York¹, la conclusión que uno se puede llevar es que la lectura de sentencias no es un hábito muy cultivado. Basta con hacer un pequeño recorrido por los antecedentes jurisprudenciales para advertir que la doctrina del “traje a medida” o los “trajes a medida” no ha sido una ocurrencia de la ONU, ni de los ponentes de la Ley. Es el mismísimo Tribunal Supremo quien la acuñó en la STS I de julio de 2014², cuando señalaba que, obviamente, para abordar un procedimiento de incapacitación había que tener en consideración los postulados del art. 12 de la Convención de Nueva York y, por tanto, flexibilizar la medida impuesta en consonancia con las necesidades de la persona discapacitada.

1 Sobre la incidencia de la Convención de Nueva York en la reforma, véase BARBA, V.: “El Art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, COORDS. P. CHAPARRO MATAMOROS Y A. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-52.

2 STS I julio 2014 (Tol 4468983), doctrina que reiteró en la STS 18 julio 2018 (Tol 6676470). Sobre los “trajes a medida” recomendando la lectura de las SSTs 11 octubre 2012 (Tol 2674037) y 24 junio 2013 (Tol 3800142).

En consecuencia, si la persona era consciente de la realidad y tenía voluntad propia, seguramente establecer una incapacitación era una fórmula excesiva y, por el contrario, la curatela para los actos que precisase apoyo se antojaba como la solución óptima. Prueba de ello son las cuasi adolescentes SSTS 21 septiembre 2011 (Tol 2248621), 17 julio 2012 (Tol 2635528), 24 junio 2013 (Tol 3800142), 13 mayo 2015 (Tol 5000594), 4 noviembre 2015 (Tol 5550396), entre otras, que operaron en este sentido³.

De todos modos, parece ser que el legislador no confía en los jueces y prefiere ser él mismo quien siente doctrina jurisprudencial. En ese sentido, si tanto quiere condicionar cómo deben proceder los operadores jurídicos, en lugar de reconocer algo que de base ya se intuía, debería haber articulado un sistema gradual en el cual en función de la discapacidad que presente una persona (por ejemplo, muy grave, grave, leve o muy leve), diseñar una serie de remedios. Que podría haber sido un sistema mucho más previsible y dotado de una mayor seguridad jurídica. Por el contrario, ha considerado mucho más “eficiente” establecer, como regla general, que todo el mundo tiene plena capacidad jurídica, y simplemente que hay ciertas personas o colectivos que necesitan apoyos para el ejercicio de la misma.

II. ¿ERA NECESARIA LA REFORMA?

La conclusión a la que llega el legislador se mueve entre la cándida ingenuidad y el activismo de sillón más estridente. No ya por alejarse de la evidencia científica⁴, en pos de una supuesta voluntad integradora, sino por demostrar una clara influencia política en sus postulados básicos. Resulta palmario que la nueva regulación no busca tanto adecuar el derecho a los intereses de las personas necesitadas de protección, sino apuntalar un discurso progresista. Es decir, no es que las personas con discapacidad tengan, desgraciadamente, carencias físicas o intelectuales, debidas a enfermedades (genéticas o sobrevenidas) o accidentes que hayan provocado daños irreversibles en su organismo. Sino que existen barreras externas impuestas por una sociedad opresora que impide a personas “no discapacitadas”, sino “necesitadas de apoyo” poder desarrollar adecuadamente su voluntad o su personalidad.

3 Las SSTS 145 y 146, ambas de 15 de marzo de 2018, de las que fue ponente M^a Ángeles Parra Lucán ya pusieron de relieve que existía una presunción de capacidad de las personas y que, en todo acto jurídico se debe comprobar *in situ* la capacidad natural del sujeto respecto del negocio que pretende otorgar.

4 Resulta demoledor ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, p. 570, cuando señala que “se ha efectuado una aplicación de la Convención *sui generis* puesto que ha tenido que pasar de puntillas sobre algunas de las ilógicas manifestaciones de la Observación de 2014 que vetan directamente el recurso a cualquier tipo de medida de apoyo substitutiva y expresamente se manifiestan en contra de la utilización tanto de la tutela como de la curatela y que incluso llegan a poner en tela de juicio a la ciencia médica para valorar las afecciones mentales”.

Como se puede observar, el cambio legislativo no es tanto una modificación jurídica sino una alteración de perspectiva. El foco ya no se pone en las instituciones que van a regir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona necesitada de protección, sino en cómo va a poder ejercerla la persona en cuestión. Lo que se busca es una suerte de visión expansiva por la cual todo es posible salvo que se indique expresamente lo contrario. Esta tendencia más liberal es digna de aplaudir, pero como digo la realidad es tozuda y, tal vez, el orden es más aconsejable que la utopía. Más aún cuando, el legislador se lava las manos y, a fin de cuentas, en muchas ocasiones, van a seguir siendo los jueces los que tengan que dilucidar cómo una persona debe ejercer su capacidad jurídica con exactitud milimétrica. Francamente, para este viaje no hacían falta alforjas.

Tal y como vengo diciendo, aunque sea muy loable buscar que el derecho de alguna forma no responsabilice a las personas que no puedan ejercer adecuadamente su capacidad jurídica o directamente no sean capaces gobernarse por sí mismas; no por ello, es responsable, valga la redundancia, modificar extensiva y disruptivamente con un calado nunca visto hasta la fecha, el régimen jurídico de la capacidad de las personas en sentido amplio. Porque no olvidemos que la *odiosa restringenda*, si se me permite la referencia⁵, provoca que nadie sea sospechoso de incapaz, pero que, en cambio, hace recaer sobre nuestros juristas la difícil tarea de enjuiciar la capacidad de las personas en todo acto⁶. Lo que, en definitiva, si no se ha llevado a cabo una adecuada prevención y planificación, resultará muy conflictivo e indudablemente aumentará el número de litigios por esta causa. En lugar de haber armado desde el principio un sistema mucho más ordenado y seguro, que garantizase una adecuada protección, sin colocar en peligro el ideal que siempre debemos buscar, la seguridad jurídica.

Si somos críticos con la reforma, podemos argumentar que es evidente que toda persona es susceptible de necesitar apoyos en cualquier ámbito de su vida, si realizamos un ejercicio de introspección cada uno de nosotros es más hábil y más inútil en algunos aspectos de la vida diaria, pero no por ello se justifica una institución a este servicio. Si realmente queremos ayudar a alguien que no puede valerse por sí mismo, es mucho más inteligente, si pretendemos evitar posteriores problemas jurídicos que, dicho en román paladino, todo esté claro, por lo que, tal vez, no era necesaria una reforma con este alcance y rupturismo, cuando a la postre el resultado no ha sido tan ambicioso.

5 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda*: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO; coords. C. GIL MEMBRADO y J. J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 125-144.

6 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad”, en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024, p. 398.

III. MEDIDAS APLICABLES.

Dicho esto, por tanto, el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad suprime la incapacitación e instaura un modelo que no busca imponer nombres y fórmulas rígidas, es un sistema fluido y camaleónico que pretende adecuarse a la persona necesitada de protección a la perfección⁷. Pero, como ya hemos indicado, una cosa es la teoría y otra la práctica. Ya que, esta normativa parece estar pensando en un tipo concreto de discapacidad y parece desconocer otras realidades más amargas.

Es decir, de una lectura pausada se puede interpretar que el régimen encaja muy bien para determinadas circunstancias como que la persona en cuestión tenga Síndrome de Down. Una alteración genética que implica un subdesarrollo del sujeto y que, en consecuencia, tenga dificultades para poder llevar a cabo determinadas actividades complejas en comparación con otras personas, para lo que necesitaría asistencia. Y, sin embargo, sea completamente funcional en otros aspectos de la vida diaria. Asimismo, no se evidencia, una falta de voluntad o preferencia, siendo posible preguntarle qué quiere y que emita una idea precisa al respecto.

De igual modo, aunque la doctrina no se suele pronunciar, a diferencia del ejemplo anterior, también pienso que este modelo se centra en la crisis de envejecimiento que atraviesan las sociedades modernas, y, en realidad, busca con un discurso integrador concienciarnos, cuando el problema de fondo es económico. Las personas cada vez viven más, pero no por ello gozan de una gran calidad de vida. Por tanto, se necesitan ingentes recursos económicos para mantener a una cada vez más creciente tercera edad. En ese sentido, se pretendería a través de los apoyos ir supliendo progresivamente las carencias que, por el paso de los años, una persona vaya adquiriendo. Así cobra mucho sentido la figura del guardador de hecho, que puede tener un papel muy relevante para un anciano, que no está enfermo, simplemente está viejo, y necesita alguien que le asista para determinadas tareas como ir al banco a sacar dinero del cajero.

I. Medidas formales e informales.

Para llegar a tal fin, la nueva normativa genera dos grandes tipos de medidas. Y no me refiero a las voluntarias y a las judiciales. En realidad, los dos grupos que distingue el articulado, en primer lugar, serían las medidas informales y las medidas formales. Las primeras son, verdaderamente, solo una, la incomprendida guarda de hecho. La guarda de hecho se corresponde con una medida de apoyo

7 V. en este sentido CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad", cit., p. 397.

que ni siquiera requiere pronunciamiento judicial al respecto, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda requerir a guardador en cuestión para que informe sobre el estado de la persona con discapacidad y su actuación⁸. Se trata, por tanto, de alguien que cuida y asiste a la persona necesitada de protección en cuestiones que no tengan gran relevancia económica o personal, de lo contrario sí que necesitaría el auxilio judicial, por ejemplo, para representar a la misma en un contrato bancario.

En cambio, el segundo grupo de medidas son aquellas que más satisfacen a los juristas, porque tienen nombres y apellidos. Y serían las formales, esto es, aquellas sobre las cuales sí ha habido un pronunciamiento al respecto, al desaparecer la incapacitación, la tutela de las personas mayores de edad ha sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que ahora mismo solo los menores pueden tener tutores, en defecto de padres y madres que ejerzan la patria potestad. Por todo ello, nos resta la curatela y el defensor judicial. Si bien, hay una excepción en el sistema para impedir que se desmorone, y sobre la cual el legislador no ha tenido más remedio que detenerse. La cual es, ni más ni menos, que la curatela representativa, una especie de tutela descafeinada que se limitaría solamente a los actos para los cuales haya sido prevista. Por consiguiente, se puede establecer, por ejemplo, una curatela representativa únicamente para determinados aspectos patrimoniales que se consideren más delicados, pero la persona conservaría su plena capacidad jurídica para los demás, en caso que no se conjugase con cualquier otra medida de apoyo.

2. Medidas voluntarias, judiciales y legales.

Dicho esto, las medidas formales se desdoblarían a su vez, en otros tres tipos, las medidas voluntarias, las judiciales y las legales⁹. Por lo que respecta a las medidas voluntarias, serían principalmente los poderes y los mandatos preventivos, la autocuratela y los documentos de instrucciones previas. En ese sentido, la persona necesitada de protección, debería, por ejemplo, haber anticipado su futura enfermedad o para el caso que se encontrase impedida habría previsto cómo quiere que se proceda para garantizar su plena protección y ejercicio de su capacidad de acuerdo con sus preferencias. En resumen, el mayor atractivo que, en mi opinión, pueda tener esta posibilidad radica, no ya en la articulación del régimen de actuación, que en la práctica será muy parecido siempre, sino en la posibilidad de designar exactamente qué personas y qué medida desea que le

8 El 249.4º CC indica que: "La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera".

9 Propone esta distinción GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.: "Comentario a los arts. 249 a 250 CC", en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 531.

asista. Es decir, por mucho que la persona quiera que su régimen de protección descansa en un sentido determinado, en realidad, será la afección que tenga la que determinará la forma de proceder, ya que como cláusula de cierre se establece que, en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias se deberán imponer la judiciales¹⁰. Por tanto, la voluntad de la persona irá más encaminada a preferencias personales sobre sus familiares y amigos y, no tanto, a la construcción del sistema de apoyos. En otros términos, si el curatelado es ludópata, la medida de protección se enfocará en su ludopatía¹¹, por lo que será irrelevante que la persona haya establecido una medida de apoyo para cuestiones médicas si en ese campo tiene plena capacidad de discernimiento.

Por todo ello, es perfectamente posible que una persona cree su propia curatela sin necesidad de que la misma venga impuesta por un procedimiento judicial, ya sea de jurisdicción voluntaria o contencioso. En efecto, la persona con discapacidad tiene a su alcance la facultad de establecer su autcuratela en documento público, pues así deben constar las medidas voluntarias, con la finalidad de que sean inscribibles en el Registro Civil, aun cuando la misma pudiese estar ya aquejada de una cierta afectación de sus capacidades, pero que el notario autorizante acredite que tiene juicio suficiente para otorgar al acto en cuestión¹². Una cosa es que el que vaya a estar sujeto a medidas de apoyo no tenga capacidad de administrar sus bienes y patrimonio adecuadamente, piénsese en una demencia progresiva, pero otra que aún sea capaz de comprender cuáles son sus necesidades y que prefiere a determinada persona para tales funciones.

En cuanto a los poderes y mandatos preventivos, serían negocios jurídicos unilaterales o bilaterales que se establecerían con anticipación por la persona necesitada de protección, es interesante destacar que estos negocios podrían tener algunas particularidades. Es decir, sería perfectamente posible que el futuro incapaz celebrase un contrato de mandato con su contraparte e, incluyese una cláusula de subsistencia. En ese sentido, en caso de producirse la eventualidad de requerir apoyos, la persona ya habría designado, por ejemplo, para esa tarea concreta a su mandatario, quién seguiría teniendo autoridad para actuar, por ejemplo, en su nombre en las concretas actividades que tuviera por objeto el

10 El 249 CC pone de relieve que: “las medidas de origen judicial solo proceden en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”.

11 A favor de que el ludópata pueda estar sujeto a una medida de apoyo, CARRIÓN OLMOS, S.: “Discapacidad, adiciones y supresión del término prodigalidad”, *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 49, núm. 2, 2024, p. 108. Por el contrario, CHAPARRO MATAMOROS, P.: *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024, pp. 173-175, considera muy discutible que, habida cuenta la excepcionalidad que parece otorgarle el legislador a las medidas de apoyo más intensas, pueda un pródigo, que simplemente tiene un impulso irrefrenable de jugar, estar sujeto a una curatela.

12 El art. 4.10 LRC dispone que serán inscribibles “Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”. Igualmente, el art. 77 LRC establece que “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”.

mandato. A su vez, por seguir con la misma idea, el contrato de mandato debería ser aceptado, por lo que, a diferencia de las medidas judiciales, no serían obligatorias para el designado.

Por lo que se refiere a las instrucciones previas, se corresponden con unos documentos en los cuales la persona en cuestión, antes de ver mermadas sus capacidades intelectuales o volitivas, establece cómo quiere que se proceda en determinados aspectos relacionados con su persona y salud. Es decir, si consiente determinada intervención o directamente cómo desea que se proceda respecto al sepelio. Por todo ello, aunque pueda tener cierta relevancia en este ámbito, porque, en realidad, podría designarse a ciertas personas como encargadas de algunas gestiones, obviamente no se trataría verdaderamente de una curatela.

En cuanto a las medidas judiciales, serían aquellas que a diferencia de las anteriores han sido establecidas por la autoridad judicial: la curatela y el defensor judicial. La idea principal del nuevo sistema de protección a las personas con discapacidad es que esta situación nunca se produzca, lo preferible es que la persona sea ella misma la que designe sus apoyos o incluso, si no es necesario, que se recurra a medidas informales a modo de red de apoyo personal de la que pueda gozar el individuo, una tarea irreal, por lo que, en muchas ocasiones, lo más recomendable será la designación de, por ejemplo, un curador, ya sea representativo o no, para la asistencia o complemento de capacidad del curatelado. Para llegar a esta curatela, el método que nos sugiere la nueva ley es un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹³.

Como hemos señalado al principio, esta reforma es de un calado mayúsculo porque no solo afecta a nivel sustantivo, sino también al procesal. Por todo ello, en defecto de previsión personal, la consecuencia jurídica que provocará la ausencia de apoyos en caso de que sean necesarios será la iniciación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Este procedimiento puede ser iniciado por el Ministerio Fiscal, por el propio sujeto o también por su cónyuge no separado legalmente o de hecho, sus ascendientes o descendientes. Es decir, las personas más cercanas a él. Sin entrar en mayores detalles a nivel procedimental, como es obvio, la finalización de este expediente de jurisdicción voluntaria tendrá lugar cuando se determine qué medida de apoyo se establece sobre las personas necesitadas de protección y con qué alcance. Cabe destacar que, el procedimiento de jurisdicción voluntaria podría finalizar sin el establecimiento de ninguna medida de apoyo, si la persona

13 Este expediente se regula en los arts. 42 bis, a) a 42 bis c), que integran el Capítulo III bis de la LJV, titulado "Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad", y que se añade en la Ley de Jurisdicción Voluntaria por la Ley 8/2021. Sobre estos extremos, véase CALAZA LÓPEZ, S.: "La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad", *La Ley Derecho de familia*, núm. 31 (Monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico) (coord. M^o. P. GARCÍA RUBIO), 1 julio 2021, p. 2 y ss.

no la necesita. Pero también si las rechaza directamente, en cuyo caso se abriría un procedimiento contencioso para dilucidar si efectivamente las medidas son absolutamente necesaria y proporcionales¹⁴.

En caso de que finalmente sea establecida una medida de apoyo a través de estos cauces, la institución estrella, que sería la curatela, funcionaría de diversas maneras. Esto es, tal y como se ha indicado, el espíritu de la reforma gira en torno a la idea del traje o incluso de los trajes a medida. Qué quieren decir estas expresiones, pues que no existe una fórmula rígida para caracterizar o categorizar los apoyos. En cuanto a la curatela, la doctrina ha tratado de llevar a cabo una clasificación que otorgue una mayor coherencia a esta realidad, en este sentido, ha diferenciado entre la curatela representativa, la preceptiva y la asistencial¹⁵. La primera tendría grandes similitudes con la clásica tutela, es decir, el curador funcionaría como un tutor que representa a la persona necesitada de protección. La segunda se correspondería con la tradicional curatela en sentido estricto, como ya la conocíamos cuando operaba respecto de los menores de edad emancipados. Es decir, el curador complementa la capacidad del menor que, a pesar de su emancipación, necesita la aquiescencia de sus padres para que el consentimiento se considere completo. Y, la tercera, sería la asistencial, el curador, aunque se le designe como tal, no asumiría realmente una carga representativa o de complemento con su curatelado; sino que sería alguien que solo presta servicios de apoyo y acompañamiento para las tareas que requieran su presencia.

Pero no solo ello, si se me permite el símil, el armario de la persona con discapacidad no solo albergaría un traje para ir de boda, sino también otro para ir al notario y otro para bajar a la calle a comprar o salir de cena. En consecuencia, la idea preconcebida de que solo es posible articular un apoyo no se nos tiene que arraigar en la mente. Es perfectamente admisible que varios individuos sean titulares de diversas medidas de apoyo sobre una persona y con distinta extensión. Por consiguiente, cabe la convivencia de un curador con facultades representativas sobre cuestiones más delicadas con otro que solo tenga asistenciales para tareas más mundanas, como también un curador de complemento de capacidad para asuntos patrimoniales, junto con un guardador de hecho para la vida diaria. Como digo, este es el verdadero espíritu de la norma, la designación de los apoyos es, en

14 El art. 51 bis LJV señala que: "Extinción de los poderes preventivos. - 1. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador. - 2. Admitida la solicitud, se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal".

15 Sobre un análisis detallado de la jurisprudencia véase DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 3 de marzo de 2022, como también DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022, pp. 11-116.

principio, para asuntos concretos, si bien, cabe que su extensión sea más o menos amplia, aunque en mi opinión la norma no lo vería con buenos ojos.

Para terminar, las medidas legales se corresponderían con la guarda automática por parte de la entidad pública en situaciones de urgencia o desamparo, puesto que en tales casos la propia administración asumiría el apoyo legal a dichas personas. Imaginemos que llegara nuestras costas una persona con serios problemas de salud psíquicos o físicos.

IV. EL RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las mayores controversias que supone la implantación efectiva de este nuevo sistema en nuestro ordenamiento jurídico es la referencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Es decir, aunque reconozcamos que la persona que presta apoyos puede llegar a tener facultades representativas o, por lo menos, tener que emitir su opinión sobre determinados actos que realiza la persona sujeta a medidas, siempre deberá respetar lo que ella desea. Dicho con otras palabras, la persona que presta apoyos no es la que debe guiar o conducir en una determinada dirección al individuo necesitado de protección. En realidad, el curador debe asegurarse de conocer cuál es la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad para poder guiarla en tal dirección, es decir, no es tanto aquel que le marca un punto en el mapa, sino que debe ser la propia persona necesitada de protección la que, con ayuda de su representante, curador, guardador de hecho, etc; diga el punto al que quiere llegar en el mapa y su asistente erigirse como la mera brújula que le señala el camino correcto¹⁶.

En caso de que no sea posible saber cuál es la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de protección, la respuesta no debe ser el mejor criterio de aquel que este desempeñando el cargo en cuestión sino, seguir respetando la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Y la pregunta entonces es, cómo es posible desentrañar esto si la persona que deber emitir tales juicios esta imposibilitada para ello, pues la norma nos señala que será la persona que soporta la carga de las medidas quien deberá averiguarla para poder ejercer su función de manera adecuada y correcta. He aquí dónde más criticable resulta la reforma. Claramente, será prácticamente necesario que el curador o asimilado sea una persona de la máxima confianza del curatelado, porque de lo contrario este extremo nunca va poderse completar con cierta virtualidad. En ese sentido, quien

16 A tenor del art. 249.II CC: "Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".

ejercer las funciones de apoyo deberá remontarse a acontecimientos pasados, creencias, ideologías, opiniones y carácter del individuo en cuestión para dilucidar qué hubiera hecho en caso de encontrarse en tal situación. Pero claro, también puede darse el hecho de que el asistido considere algo contrario a lo que entienda razonable el curador, porque directamente sea perjudicial para él mismo o sus intereses, y no digamos que sea susceptible de causar daños a terceros.

Las consideraciones anteriores no llevan a pensar que el sistema puede derrumbarse en cualquier momento sino se establecen una suerte de cortapisas en caso de que el individuo aquejado por una discapacidad no coopere en la resolución de su concreta situación. Que, en definitiva, le permitiría tener una mejor calidad de vida, la cuestión de fondo que subyace también en la nueva regulación.

Es decir, a mi modo de ver, deberíamos poder responder a tres preguntas para, de alguna manera, encontrar coherencia al régimen. La primera de ellas sería qué sucede en caso de que la persona con discapacidad rechace las medidas de apoyo. Ya hemos dicho que, si bien la nueva regulación busca que todo este trámite sea lo más natural y menos burocrático posible, no es menos cierto, que, una vez propuestas las medidas de apoyo a la finalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria en el cual se valoraría la necesidad de someter a la persona a esta nueva situación y se llevarían a cabo las diligencias correspondientes (informes médicos, entrevista personal, declaraciones de familiares, etc.), el sujeto no las acepte porque considere que no son adecuadas para su estado. No hay que olvidar que el *leitmotiv* de la nueva regulación es voluntad, deseos y preferencias. De todos modos, la norma indica que se iniciaría el respectivo procedimiento contencioso. Por ello, hay que pensar que, en principio, nunca sería posible que una persona con graves trastornos de la personalidad pudiera soslayar el ordenamiento jurídico y evitar que se le impusiera la medida de apoyo idónea y necesaria para poder vivir en sociedad.

La segunda pregunta sería si la persona puede elegir libremente los apoyos que considere oportunos, es decir, no que se niegue, sino que su capacidad de planificación sea más o menos elevada. Si bien la norma parece inclinarse en dotar a los ciudadanos de una gran capacidad de decisión, es verdad que se contiene una cláusula de cierre, que permite a los tribunales establecer todas las salvaguardas que se consideren oportunas, por todo ello, aunque, por ejemplo, una persona designase a un amigo o familiar como curador meramente asistencial y de acompañamiento para determinadas materias como podrían ser médicas; eso no impediría que, si la autoridad judicial tiene conocimiento de su situación, pudiese posteriormente establecer una curatela más intensa, si así se desprende de las necesidades del sujeto, teniendo en cuenta las observaciones que he hecho

en el párrafo anterior. Eso sí, el designado no se podría negar por ser una medida de carácter judicial.

La tercera pregunta, y que más controversia suscita, es si es posible que el curador contraríe a su curatelado o, en definitiva, si cabe actuar en contra de la voluntad, deseos y preferencias de la persona sujeta a medidas de apoyo. Afortunadamente, esta cuestión de suma importancia fue despejada al poco de la entrada en vigor de la norma, puesto que estaba pendiente la resolución de un recurso de casación frente a una sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, por la cual se había decidido, ya en primera instancia, imponer una tutela a la persona demandada por un caso de Síndrome de Diógenes. Nótese que, a pesar de no estar en vigor la nueva reforma, la tutela que se impuso a Dámaso no implicaba la incapacitación del mismo, sino que era una tutela a los solos efectos de la asistencia y cuidado de la limpieza de su hogar, puesto que su inobservancia de las reglas más básicas de higiene estaba causando estragos en la comunidad de vecinos. Pues bien, no conforme con la tutela que ostentaba el Principado de Asturias para actuar en dicho orden, recurrió la misma llegando hasta el Tribunal Supremo.

Las conclusiones a las que llega el Alto Tribunal hacen que dadas las circunstancias, el momento de decisión y las características del supuesto concreto sean de obligado estudio para comprender la reforma. Básicamente, lo que aquí nos interesa es que se manifiesta que el supuesto “derecho a equivocarse” al que hacen referencia los defensores de la reforma no es tal¹⁷. Porque uno tiene derecho a equivocarse mientras no haga daño a los demás, o incluso pueda vulnerar sus derechos más innatos y fundamentales. Es que acaso una persona que no sabe controlarse cuando bebe, tiene derecho a equivocarse y, por tanto, hay que dejarle conducir. Y, de hecho, existe una sanción que consiste en la retirada del carné. Nada más lejos de la realidad, el argumento del “derecho a equivocarse” no se sostiene, es evidente, prístino, axiomático que si una persona tiene una enfermedad mental por la cual se pone en riesgo a sí mismo o los demás hay que evitarlo. Por todo ello, la voluntad de una persona siempre es susceptible de una valoración y un análisis de razonabilidad. La voluntad de una persona no es absoluta. En consecuencia, si su voluntad afecta sus derechos más innatos como también es susceptible de afectar a los demás, no puede ser tenida en consideración. Sería una crueldad intolerable en una sociedad civilizada como la nuestra, dejar a una persona a merced de su propio trastorno, lo cual iría en

17 GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, Estudios, julio-septiembre 2018, p. 32, indica que: “Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás”.

contra de uno de nuestros principios y valores constitucionales más elementales, la dignidad de la persona¹⁸.

Por todo ello, la sentencia del Supremo estima en parte en recurso de casación y, si bien, sustituye la tutela por una curatela meramente asistencial, autoriza al Principado de Asturias a poder entrar en el domicilio de Dámaso para cumplir la función encomendada, garantizando la limpieza de la vivienda y la higiene del propio afectado. No admitiendo en su totalidad los argumentos esgrimidos por la parte recurrente que, en puridad, se oponía al establecimiento de cualquier medida de apoyo, puesto que esa era su voluntad¹⁹.

I. El interés de la persona con discapacidad.

Este íter discursivo nos conduce a la conclusión que sí que es posible establecer una medida de apoyo a pesar de la frontal oposición del sujeto afectado, como también que sería posible que, establecida una medida de apoyo, el curador obrase no de conformidad a la voluntad, deseos y preferencia de la persona necesitada de protección, sino de acuerdo a su mejor interés. En consecuencia, parece que el interés de la persona con discapacidad sí que está vivo y no habría que descartarlo completamente en consonancia con la finalidad de la nueva regulación²⁰. Es decir, según los nuevos postulados siempre había que proceder como lo haría la persona con discapacidad de encontrarse en plenas facultades y, en principio, no cabría actuar de acuerdo con otro criterio. Una observación que, en verdad, flaquea por varios lados, en la medida que perfectamente la voluntad de una persona puede desconocerse completamente o que nunca la haya manifestado.

De todos modos, esta actuación fuera de la órbita de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, parece que se trata de algo muy excepcional, ya que la propia sentencia lo reconduce con apoyo en aquellos derechos más innatos, fundamentales, como también su dignidad personal²¹. A

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principios generales", cit., p. 75, considera que "es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en 'la voluntad, deseos y preferencias de la persona' con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad".

19 STS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

20 ALEMANY, M.: "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 38-43; y MUNAR BERNAT, P. A.: "Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto", en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 183.

21 El nuevo art. 249.1 CC apunta que las: "medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales".

lo que se sumaría el respeto a los derechos de los demás, que no tienen por qué soportar una actuación contraria a sus intereses cuando son fruto de un comportamiento incívico, que ya ha sido detectado por las autoridades o el resto de ciudadanos.

Por ello, estas reflexiones resultan muy útiles para analizar el fallo de la sentencia del Supremo que está siendo objeto de comentario en el presente trabajo. En el supuesto de hecho se ha manifestado que había sido establecida la que hemos denominado una curatela preceptiva, es decir, una medida de apoyo por la cual el curador debía prestar su consentimiento sobre determinados actos de una trascendencia un poco más delicada, como eran actos jurídicos complejos y la supervisión del estado de salud del curatelado.

Por tanto, hasta aquí nada extraño, según este régimen entendemos que el curador precisará de la aquiescencia de su asistente para poder, por ejemplo, realizar operaciones bancarias más complejas, como la inversión en activos financieros, la contratación de préstamos, la compraventa de acciones o participaciones sociales, sobre las cuales, en realidad, como hemos visto sería muy complicado que su curador se opusiese. Es decir, si hemos recalcado que la actuación del curatelado solo puede ser matizada justamente cuando pueda hacerse daño así mismo o a los demás, porque se estarían afectando sus derechos más básicos, no resulta convincente que el curador de acuerdo con el espíritu que impregna todo el articulado, pudiese vetar la decisión de su asistido. En todo caso, deberá cerciorarse de cuál es el propósito de su curatelado y, una vez dilucidado su legítimo objetivo vital, acompañarlo y prestarle apoyo, para que juntos encuentren la opción que es más recomendable para él. Pero no parece que, con carácter general, pudiera mostrarle una prohibición tajante, como tampoco ser él mismo quien le propusiera interesadamente una determinada actuación. Ya hemos dicho que el curador, de acuerdo con la reforma, debe ser la brújula no el marcador.

Lo mismo se podría extender a las cuestiones de salud, el curador no debería ser quien le formase una determinada idea al curatelado, sino que debe ser la persona necesitada de apoyo la que actuase según su propia voluntad, más en este caso, en el cual no se ha impuesto una curatela representativa. Aquí se plantearía, al igual que el párrafo anterior, que la decisión se pudiese judicializar, en caso de que ambas partes no llegaran a un acuerdo, porque considerase el curador que su asistido está actuando de forma contraria a los intereses que, quizás, incluso pueda albergar en la mente la persona necesitada de protección. En ese sentido, al juez se le presenta un dilema importante porque, como hemos manifestado, al final, el interés de la persona con discapacidad es algo residual, tal y como se ha pronunciado el Supremo a respecto, por lo que en muchas ocasiones estará obligado a tomar

decisiones salomónicas o, tal vez, aquellas menos comprometedoras con la salud el curatelado.

2. *In dubio pro capacitate, in dubio pro libertate.*

Sentado lo anterior, parece que no hay dudas sobre la cuestión que origina la contienda, es claro que el curador no deberá consentir la acción de divorcio, no solo porque no estaba contemplada entre las atribuciones del curador (salvo que consideremos que entre los actos jurídicos complejos está la acción de divorcio), sino porque directamente la doctrina es unánime en considerar que los actos personalísimos como pueda ser el otorgamiento de testamento, el reconocimiento de un hijo no matrimonial o el propio matrimonio, se encontrarían fuera de la actuación de cualquier curador, ya tenga facultades representativas o no²². Pero, es más, directamente carecería de sentido si estamos reconociendo que la persona tiene voluntad propia, porque no se ha impuesto una curatela representativa, solo necesita asistencia en determinadas cuestiones, y para nada podrá ser alguien que tuviera que autorizar si debe o no romper su matrimonio.

Cosa distinta sería el supuesto de que tratásemos cuestiones de índole patrimonial, aunque estuvieran relacionadas con el matrimonio o la crisis matrimonial, véase el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales o la renuncia a una eventual pensión compensatoria. Es claro que, en estos supuestos, en los cuales solo se abordan cuestiones económicas, el curador puede aconsejar e incluso prestar su aquiescencia para defender los intereses de su curatelado, sobre la conveniencia o no de consentir tales actos con una trascendencia jurídica muy elevada. Principalmente para asegurarse que se de está cumpliendo con su voluntad y no se están contrariando sus preferencias por parte del otro cónyuge, que de manera oportunista quisiera aprovecharse de él.

Sin embargo, en cuestiones estrictamente personales como pueda ser una acción de divorcio, pensamos que carecía de sentido que tuviera que pedírsele permiso al curador. En nuestra vida todos hemos conocido o incluso hemos podido vivir situaciones en pareja, en las que resulta evidente que dos personas no se convienen y que, sin llegar a escenarios graves o delictivos, su unión resulta perjudicial por ser tóxica. No obstante, nadie en su sano juicio podría pensar que alguien tuviera la autoridad para poder romper esa unión, ya sea de hecho o

22 A este respecto, véanse las reflexiones de ALVENTOSA DEL RIO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 377-389. Sobre los actos personales y personalísimos, resultan muy esclarecedores GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.: "La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera", en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO; coord. J. GARCÍA MEDINA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 85 a 89 y PALLARÉS NEILA, J.: "El ejercicio de la nueva curatela", en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M^a. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ; coord. M. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 275-276.

matrimonial. Todo lo contrario, los amigos y familiares, están para comprender y acompañar a la persona en su trayecto vital y, en su caso, para hacerle ver que determinadas decisiones que está tomando no son las acertadas para sus propios intereses, pero también porque vemos que esa persona no está actuando como ella verdaderamente es, sino movida por otras pasiones, traumas o difíciles momentos existenciales. Por ello, los amigos y familiares están para aconsejar y tratar de reconducir a una persona en un determinado momento, pero nunca para imponerle una determinada decisión vital.

Por ello, nos parece acertada la posición del Tribunal Supremo y consideramos que bajo ningún concepto podría, en tales circunstancias el curador tener que autorizar la acción de divorcio y mucho menos interponerla él mismo. Se trata de cuestiones muy personales a las que el derecho no debería entrar, sería ilógico pensar que el curador tuviera que aceptar igualmente el matrimonio de su asistido cuando se considerase que tiene capacidad suficiente para poder emitir ese consentimiento matrimonial sin ninguna clase de impendimiento. No olvidemos que la libertad nupcial es un derecho fundamental, cuyos impedimentos deben estar perfectamente identificados en la ley. A lo que añadiría que, en caso duda sobre la capacidad de una persona, deberemos seguir la máxima de *in dubio pro capacitate*, por lo que *in dubio libertas matrimonialis*.

A todo esto, se podría objetar que en el caso de que la persona no tenga voluntad propia, debido a una enfermedad o no sea posible conocer la misma (supuesto en el que seguramente tendremos una curatela representativa), es claro que difícilmente obtendremos la voluntad, deseos o preferencias, pero cabría pensar si habida cuenta de su trayectoria vital podremos saber cuál era su opinión al respecto. Imaginemos que se descubre que la mujer o marido de la persona que ahora no puede emitir su opinión le fue infiel en el pasado, ¿caso el curador con facultades representativas estaría capacitado para dilucidar que haría la persona en cuestión de encontrarse en tal situación? ¿Quizás lo hubiera perdonado? Por cuestiones de lógica jurídica y razonabilidad debemos concluir que es prácticamente imposible en un ámbito tan personal y profundo de un sujeto poder extraer o averiguar su opinión, nadie está investido de la autoridad moral para indicar cuál es la pareja adecuada para otro. Se trata de algo que únicamente dos personas deciden libremente y lo motivos que los llevan a estar juntos solo ellos lo saben.

Si bien es cierto que siguiendo los antecedentes jurisprudenciales es posible encontrar sentencias relativas al régimen anterior que, en clave de tutela, habían permitido a los tutores ejercitar la acción de divorcio²³, se trataba de circunstancias

23 STS 21 septiembre 2011 (Tol 2248621), con base en la jurisprudencia de la STC 311/2000, de 18 de diciembre (Tol 81734).

excepcionales que tanto por el espíritu del sistema anterior, como por el caso concreto no resultarían aplicables a la gran mayoría de supuestos. Puesto que el régimen general de la tutela ha desaparecido, ahora solo se permite la existencia de curatela representativa para aspectos tasados por sentencia judicial o, en caso de que se haya previsto, una autocuratela representativa, que a efectos prácticos nunca pivotaría sobre un aspecto tan personal como es el matrimonio. Además, en los ejemplos que resaltamos habían tenido lugar unos hechos muy particulares, esto es, había indicios de esa voluntad de querer divorciarse, por tanto, en realidad el tutor sí que estaba actuando según la voluntad del tutelado. Como bien ha dejado claro el Alto Tribunal en la sentencia analizada, cualquier duda o indicio debe quedar cumplidamente acreditado, por lo que, volviendo al supuesto de hecho de la misma, si de la prueba practicada no se evidencia ningún cambio de voluntad, el tribunal no tiene la obligación de asegurarse mediante una entrevista personal, porque debe entender, como si de una persona con plena capacidad se tratase, que su voluntad se corresponde con la acción de divorcio ejercitada.

A colación de lo anterior, se podría argumentar que sí sea posible conocer con certeza una voluntad de querer divorciarse de la persona que ya no puede emitir la misma, imaginemos que lo hubiese incluso dejado por escrito, a modo de drama televisivo, pero que a causa de su enfermedad o accidente ya no pueda expresar su voluntad o ya no se pueda conocer, porque no tenga. Entonces, cabría pensar que el curador con facultades representativas sí pudiese ejercitar esa acción de divorcio. Dado que ya no estaríamos actuando en función de su mejor interés, sino simplemente haciendo cumplir su voluntad. No obstante, este escenario resulta cuanto menos inverosímil. Asimismo, podríamos plantearnos qué sucede si se pudiera demostrar que la convivencia con el cónyuge es muy perjudicial, pero salvo que se acreditase un supuesto de maltrato, cuyas consecuencias transitarían por otros derroteros, resulta complejo encontrar remedio jurídico. Puesto que, a mayor abundamiento, la medida, en todo caso, a aplicar no sería el divorcio, sino las penales que correspondiesen. De hecho, un abuso sobre otra persona no conlleva necesariamente la ruptura matrimonial. En un caso violencia doméstica, el divorcio no es obligatorio, podría seguir perfectamente casado. Ahí se evidencia que ni siquiera en esas circunstancias tan graves es posible que el derecho incida en algo tan personal como es el matrimonio, especialmente, debido a la su trascendencia, que va más allá de lo meramente civil, ya que el matrimonio es susceptible de afectar al ámbito espiritual y religioso de un individuo.

Por motivos similares, también parece difícil que un curador con facultades representativas pueda prestar el consentimiento matrimonial de una persona incapacitada para ello, por no decir ridículo. Sí que es cierto que otra cuestión sería el ámbito de la nulidad del matrimonio, por tratarse de una realidad que afecta al orden público. Esto se ve en los propios legitimados para interponer

una acción de nulidad matrimonial, que serían más allá del propio cónyuge, el Ministerio Fiscal, pero también cualquier otra persona con interés legítimo, donde podrían entrar sus representantes legales²⁴. De todos modos, la nulidad sigue teniendo una particularidad y es cuando su origen radica en la minoría de edad, en el error, la coacción o el miedo grave, ya que, en estos últimos tres casos, solo la pueden ejercitar aquellas personas que lo han sufrido²⁵, por tanto, volveríamos a la duda de sí en un caso de curatela representativa, el curador tiene capacidad para ejercitar en nombre de su curatelado tal acción. La repuesta debe ser la misma que hemos pronunciado anteriormente, en principio, solo si es posible conocer la voluntad de la persona con discapacidad se podrá declarar la nulidad del matrimonio en tales casos, porque siendo un supuesto de anulabilidad, su eficacia es claudicante. Perfectamente podría convalidarse el mismo con posterioridad, aunque desconociese una cualidad de su contrayente que fuese susceptible de afectar a la validez del matrimonio.

Aquí cabría sostener que el *dies a quo* se mantuviese paralizado hasta que la persona recuperase su plena capacidad jurídica, y no desde el conocimiento de los hechos, por ejemplo, por sus familiares más cercanos. De igual modo, excepcionalmente, sería posible entender que, si el error recae, por ejemplo, sobre una condición médica del cónyuge que pudiese afectar gravemente a la salud, sí se pudiera invocar el mejor interés de la persona con discapacidad, dado que de lo contrario sí que correríamos el riesgo de vulnerar sus derechos más fundamentales.

24 Art. 74 CC: "La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes".

25 Art. 75 CC: "Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla".

Art. 76 CC: "En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo".

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022.

ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

BARBA, V.: “El Art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006”, en AA.VV.: *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, coords. P. CHAPARRO MATAMOROS y Á. BUENO BIOT), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CALAZA LÓPEZ, S.: “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 31 (Monográfico: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico) (coord. M^a. P. García Rubio), 1 julio 2021.

CARRIÓN OLMOS, S.: “Discapacidad, adicciones y supresión del término prodigalidad”, *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 49, núm. 2, 2024.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: viejos principios para interpretar nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO; coords. C. GIL MEMBRADO y J. J. PRETEL SERRANO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- *El contrato de prestación de servicios de juego*, Reus, Madrid, 2024.
- “La aceptación y repudiación de la herencia hechas por persona con discapacidad”, en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. Á. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dirs.): *Autonomía privada, familias y herencia*, Colex, A Coruña, 2024.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.:

- “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, 3 de marzo de 2022.
- “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115, julio-diciembre 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, Estudios, julio-septiembre 2018.

GUILARTE-MARTÍN CALERO, C.:

- “Comentario a los arts. 249 a 250 CC”, en AA. VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en AA.VV.: *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (dir. C. GUILARTE-MARTÍN CALERO; coord. J. GARCÍA MEDINA), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

MUNAR BERNAT, P. A.: “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto”, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

PALLARÉS NEILA, J.: “El ejercicio de la nueva curatela”, en AA.VV.: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. M. PEREÑA VICENTE y M^a. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ; coord. M. NUÑEZ NUÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

