

El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES¹
Profesora agregada de Derecho civil
Universidad de Lleida

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN	2
II. LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA LA INSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO O LA ASISTENCIA	4
1. Presupuesto subjetivo	4
2. Presupuesto objetivo	6
III. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE LA PERSONA QUE HA DE EJERCER EL CARGO DE PROTECCIÓN	7

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado “derecho civil catalán y derecho privado europeo” financiado por la Generalitat de Catalunya (2009SGR689), y del Centro de Investigación de la UdL, Centro de Estudios Jurídicos y de Mediación, CEJEM. Asimismo, es uno de los resultados de una estancia de investigación en la Universidad de Padua durante el mes de junio de 2012, financiada parcialmente por el programa de Movilidad para la Formación de personal docente ERASMUS (STT), y parcialmente por el Centro de Investigación propio de la Universidad de Lleida, CEJEM.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 25/2010, de 29 de julio por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña² relativo la persona y la familia, en vigor desde 2011, pretende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. Este es el contexto en el que se inserta la institución de la asistencia, 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 ni son posibles ni tan solo aconsejables.

La tarea del legislador catalán ha sido entre otras la de analizar y ponderar las opciones posibles provenientes del Derecho comparado, esto es, examinar qué hay en otros ordenamientos, cómo han abordado y resuelto problemas semejantes, con qué técnicas legislativas, cuál ha sido la regulación efectiva y su crítica. Señalan los autores del Libro II que la figura de la asistencia catalana está inspirada, fundamentalmente en la *Betreuung* del Derecho alemán. Por su parte, la Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la *Amministrazione di sostegno*³, también con una fuerte influencia germánica, introdujo la figura equivalente al asistente en el Código civil italiano, y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados ahora por el legislador catalán en la Exposición de Motivos del Libro II⁴. Cumplido escasamente un año desde la entrada en vigor de la normativa catalana sobre la asistencia, aún a la expectativa de cómo se producirá su desarrollo en la práctica jurídica, considero interesante el análisis comparativo de la regulación italiana, más incluso que su parangón con el modelo alemán o el de otros países europeos. Y ello por dos motivos. En primer lugar, la opción de instaurar la asistencia o la administración de apoyo como una institución más de protección de la persona, sin optar por la supresión de la tutela o de la curatela o de ambas identifica las dos legislaciones, que inciden en el poder de decisión de juez en cada caso, y le proporcionan un instrumento más al que podrá recurrir en su tarea de elaborar un “traje a medida” que encaje perfectamente en la situación particular de la persona vulnerable a la que haya de pro-

² En adelante CCCat.

³ Me referiré a esta institución como “administración de apoyo”, la traducción es mía.

⁴ Art. 1 Legge 9 gennaio 2004: “*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persona prive in tutto o in parte di autonomia nell’espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permante*”

porcionar protección. Esta es una diferencia esencial respecto al sistema legal alemán que aleja profundamente el ordenamiento catalán de su principal fuente inspiradora, al menos en cuanto a las consecuencias prácticas de la incorporación de la figura. En efecto, parece que en el proceso legislativo del Libro II CCCat, la opción por la supresión de la incapacitación de la persona fue tomada en consideración, incluso muy seriamente, siendo eludida finalmente por resultar un poco prematura en nuestra sociedad y sistema jurídico. El resultado es una cierta acumulación de cargos de protección de la persona en el Libro II del CCCat, que provoca concurrencias no siempre fáciles de delimitar. En realidad, las figuras de la tutela y la curatela ya eran y siguen siendo susceptibles de gradación flexible, permitiendo adaptar la sentencia de incapacitación a las condiciones particulares de cada persona. Además, el art. 760.1 LEC advierte que la sentencia que declare la incapacitación debe determinar su extensión y límites, dejando meridianamente claro que debe acomodarse a las circunstancias específicas de cada caso. Por último, la regulación legal de la asistencia (226-1 a 7 CCCat) contiene algunas dificultades que tampoco ayudan a que una institución protectora en principio bien pensada, goce de un régimen jurídico claro.

Hay un segundo motivo por el que considero interesante analizar el modelo italiano y es la ventaja temporal que presenta esta legislación en su aplicación práctica. En efecto, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 2004 de la ley italiana han servido, entre otras cosas para poner de manifiesto problemas con los que se han encontrado los tribunales de este país, y las respuestas que han dado a los mismos. También la doctrina italiana ha sido prolífica en sus aportaciones. No cabe duda que la experiencia italiana puede resultar una importante aportación para los juristas (prácticos, estudiosos y jueces) que hayan de aplicar la figura de la asistencia en Cataluña. Es previsible que aquí como ha ocurrido en Italia se recurra a partir de ahora cada vez más a esta figura de protección de la persona, en detrimento de los procedimientos de incapacitación parcial y total, que dan lugar al nombramiento de un tutor o un curador. Su mejor aceptación social y su mayor sintonía con los principios de la Convención de Nueva York, pueden perfectamente conducirnos hacia el desplazamiento progresivo y el carácter cada vez más residual de la incapacitación. Este es, además, el deseo del legislador catalán, claramente manifestado en el Preámbulo de la Ley 25/2010, en el que se establece, como un principio que informa la regulación, que la incapacitación de la persona constituye una medida extrema por cuanto supone la restricción de la capacidad de obrar. De manera que es interesante adelantarse a los problemas que, sin duda, surgirán en la aplicación de la figura de la asistencia en Cataluña, especialmente teniendo en cuenta lo escueta de la

regulación contenida en el CCCat que deja abiertos muchos interrogantes, así como la genérica remisión a la normativa de la tutela para la resolución de cuestiones de vital importancia como la relativa a la aptitud y requisitos que cabe exigir a la persona que ocupe el cargo de asistente.

Así las cosas, el objeto de la presente comunicación es efectuar una remisión al texto legal italiano y al funcionamiento práctico de la figura del administrador de apoyo a través de las resoluciones de sus tribunales, ello incidiendo en sus aportaciones y en su paralelismo y conexión con la normativa catalana pero únicamente, dada la necesaria brevedad de este trabajo, con respecto a dos cuestiones ambas, a mi juicio, de enorme importancia. En primer lugar, cuándo procede la figura de protección de la asistencia, cuáles son los presupuestos para el nombramiento de un asistente y cómo se delimita respecto a las situaciones que hacen necesario el nombramiento de un tutor o un curador. En segundo lugar, quién o quiénes son las personas idóneas para el desempeño de esta función de protección, personas físicas o jurídicas, familiares del asistido o profesionales y de qué sectores. A ello me referiré a continuación muy brevemente.

II. LOS PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA LA INSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE APOYO O LA ASISTENCIA

1. Presupuesto subjetivo

La asistencia se presenta como útil en el caso de personas con discapacidades físicas de cierta envergadura, personas mayores con deterioro físico importante o con alteraciones cognoscitivas, especialmente si no se hallan ya en fase terminal, o personas con impedimentos intelectuales -retrasos mentales no severos, analfabetismo- etc. Por consiguiente, no cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al “cuidado” en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera patrimonial de la persona. En el art. 404 del *Codice civile italiano*⁵, la persona susceptible de beneficiarse de la administración de apoyo es aquella que “como resultado de una enfermedad o de una discapacidad física o mental se encuentra imposibilitada aunque sea parcial o temporalmente, para proveer a sus propios intereses”. Muestra, así, el or-

⁵ En adelante CCI.

denamiento civil italiano una total similitud con la normativa catalana, en tanto que ambas regulaciones extienden su ámbito de protección sobre la persona que cumple los dos requisitos: es mayor de edad y está afectada por una disminución no incapacitante. Ambas legislaciones se fundamentan, además, de una manera global en el principio de necesidad -no más protección que la necesaria y sólo en lo imprescindible-, concibiendo, no sólo la asistencia sino todas las instituciones de protección de la persona desde esta perspectiva⁶.

En el desarrollo práctico de esta normativa, el derecho italiano se ha encontrado con numerosos supuestos dudosos en los que el papel del juez tutelar se torna decisivo en su valoración del caso concreto. Tan es así que, muy tempranamente apenas iniciada la andadura de la institución de la administración de apoyo, se planteó la cuestión de constitucionalidad del artículo 404 CCIt por entender que no establecía unos criterios claros para la distinción entre el supuesto de una administración de apoyo y el de una incapacitación total o parcial. Dicha cuestión se resolvió en la Sentencia de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2005, en la que se insistía en la potestad del juez para decidir en cada caso concreto mediante la comparación y diferenciación entre el presupuesto subjetivo para la aplicación del art. 404 CCIt -*l'amministrazione di sostegno*- y del art. 414 CCIt -*l'interdizione*-. El Tribunal Constitucional italiano ratificó el carácter subsidiario de la incapacitación, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas que, aunque vulnerables, no son incapaces. Literamente señalaba la sentencia que el juez tutelar podría recurrir a la medida más invasiva de la incapacitación "*solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione*"⁷. A partir de este momento se multiplicaron los Decretos de nombramiento de administrador de apoyo para supuestos muy diversos de minusvalías físicas y psíquicas. Incluso aunque esta opción haya exigido una cuidadosa y específica interpretación del art. 410 CCIt, que insiste en la continua interacción que ha de producirse entre el administrador y la persona

⁶ Véase el art. 221-1 CCCat. que aboga por un ejercicio de las funciones de protección de carácter personalista y en función de los intereses de la persona sobre la que recaen, permitiendo al máximo en cuanto sea posible el propio ejercicio de sus derechos. En Italia la ley de 2004 llevó consigo la reforma del art. 414 CCIt titulado, "personas que pueden ser incapacitadas", con la eliminación del carácter obligatorio de la incapacitación, que se subordina al hecho de que el mayor de edad o menor emancipado se encuentre en condiciones de enfermedad mental habitual que le convierta en absolutamente incapaz de proveer a sus propios intereses, y solo si tal medida es necesaria para asegurar su adecuada protección.

⁷ Cfr. Sentencia 440/2005 de la Corte Constitucional de 9.12.2005, que también dejaba claro el criterio según el cual "*in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore*". Esta sentencia puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10151>

asistida⁸. Cuando la minusvalía es psíquica, en muchas ocasiones la comunicación con la persona vulnerable no es posible, y sin embargo, no por ello se considera inadecuada la medida de la administración de apoyo, que no lleva consigo la incapacitación. De todo ello se hace eco la Sentencia de la Corte de Casación de 26 de octubre de 2011 que resuelve sobre el nombramiento de un administrador para una persona que padecía síndrome de Down severo⁹.

2. Presupuesto objetivo

Esta cuestión, que no parece plantearse en el ordenamiento catalán, se torna importante al estudiar las resoluciones de los tribunales italianos. Así es, ¿influye o ha de influir en la decisión del juez sobre la conveniencia de nombrar un asistente a la persona vulnerable, la complejidad de su patrimonio? ¿Qué papel desarrolla la valoración de elementos objetivos como la profesión que desempeñaba o las actividades previas que realizaba el que ahora se ha quedado limitado? Efectivamente, el presupuesto objetivo también es tomado en consideración en los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo en Italia. Señala la Corte de Casación en la sentencia de 12 de junio de 2006¹⁰ que a los efectos de la distinción entre supuestos en los que procede la administración de apoyo y aquellos en los que es mejor incapacitar al beneficiario, el criterio subjetivo no es el determinante. Es esencial considerar también el funcional, es decir, pertenece a la apreciación del juez la evaluación de la conformidad de esta medida teniendo en cuenta el tipo de actividad que se ha de llevar a cabo en nombre del beneficiario: a una actividad mínima y muy simple que no ponga en peligro los intereses del sujeto corresponderá la administración de apoyo¹¹; sin embargo, y siempre respecto a una persona incapaz de proveer a sus intereses, a una actividad de cierta complejidad, o a una situación que requiera evitar que la persona cometa actos perjudiciales para sí misma, le corresponde la incapacitación como medida adecuada de protección¹².

⁸ Esta obligación de escuchar e informar a la persona asistida también la encontramos en el art. 221-4 CCCat, en sede de disposiciones comunes a todas las instituciones de protección de la persona.

⁹ Disponible en http://www.territorioaslmilano.progettoads.net/allegati/ADS_t2_allegati/337/FILE_Allegato_sentenza.pdf

¹⁰ Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10523>

¹¹ Por ejemplo, cobrar la pensión de invalidez o de jubilación, pagar los impuestos, pagar el sueldo al cuidador o la cuota de la residencia.

¹² En la Sentencia de la Corte de Casación citada, el tribunal confirma las resoluciones de primera y segunda instancia que deniegan el nombramiento de un administrador de apoyo, sobre la base, no sólo de la condición física del sujeto que sufría una encefalopatía, sino sobre todo ante la complejidad de los actos que debían ser realizados en su interés, así como la actividad profesional previa desarrollada por el sujeto vulnerable, que había ejercido como abogado hasta el inicio de su enfermedad.

Por último, junto con la actividad hay que tener en cuenta otros datos objetivos como la vida social del sujeto, el entorno, la gravedad y duración de la enfermedad o del impedimento, y todas las demás circunstancias que caracterizan la situación.

III. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE LA PERSONA QUE HA DE EJERCER EL CARGO DE PROTECCIÓN

El CCCat se refiere siempre al asistente en singular, dando a entender que sólo puede ser una la persona que ocupe el cargo, a diferencia del derecho alemán en el que cabe el nombramiento de una pluralidad de personas¹³. Además tampoco clarifica si una persona jurídica puede ser nombrada asistente ni proporciona los criterios para la selección de la persona idónea en caso de que el beneficiario de la medida no haya sugerido nada al respecto. Ante el silencio legal la posibilidad de que los cargos de protección derivados de la asistencia sean ocupados por personas jurídicas parece una solución plausible por aplicación analógica de las normas sobre la tutela, en las que sí se contempla expresamente¹⁴, aunque desde la perspectiva de la vida cotidiana de la persona asistida no dejaría de plantear dificultades, en la medida en que la asistencia está ideada para los actos más ordinarios de la vida diaria, por lo que de nombrarse una persona jurídica debería ser especializada y disponer de suficiente personal preparado para realizar su misión con eficiencia.

El legislador italiano, en el art. 408 CCIt opta claramente por las personas físicas, preferentemente los familiares del beneficiado. La doctrina se planteó la idoneidad de esta solución, generándose un interesante debate sobre la conveniencia de que fuera un experto o profesional quien ejerciera como administrador de apoyo. El argumento fundamental es precisamente el de los casos en los que el patrimonio del asistido es importante o difícil de gestionar, y también el de aquellos supuestos en los que la relación del asistido con sus familiares no es buena, antes al contrario, la implicación de carácter emocional con la persona que precisa la protección se convierte en un obstáculo para el correcto desempeño de las funciones del administrador de apoyo¹⁵. Se planteaba para algunos au-

¹³ Cfr. § 1899(1) BGB. Por su parte el § 1908.f BGB contempla las asociaciones dedicadas a la asistencia, que pueden ser reconocidas como tales si cumplen los requisitos que enumera el precepto.

¹⁴ Cfr. art. 222-16 CCCat.

¹⁵ Este es el supuesto que contempla el juez tutelar de Módena en el Decreto de 26 de enero de 2009. Puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=45271>

tores, como más idónea, la solución que propugna el régimen francés que llega a regular una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de protección de una persona mayor. Con la consecuente y necesaria determinación de unos criterios para fijar la remuneración derivada del ejercicio del cargo cuando es ejercido por estos profesionales, sean personas físicas o jurídicas. Sin embargo, en Italia la norma no deja excesivo margen a la interpretación, de modo que lo habitual será siempre que el administrador de apoyo sea una sola persona física, familiar cercano del beneficiario de la medida. Solo en el supuesto excepcional en que se demostrara su necesidad, el juez deberá encargar esta actividad a un profesional. Esta es la solución que parece más idónea también para Cataluña, porque encaja absolutamente con el fundamento o razón de ser de la figura de la asistencia, y dado que en el nombramiento del asistente o del administrador de apoyo no sólo debe considerarse el factor de la necesaria especialización del nombrado para el cargo, sino también la importante cuestión de la confianza que aquél genera en la persona vulnerable. Pero, si fuera necesario recurrir a un profesional, ¿qué tipo de profesional?, ¿qué personas jurídicas han de desempeñar estas tareas: un profesional de la confianza del juez tal y como veíamos en el caso de Módena o mejor un centro asistencial? Entiendo que procede la remisión al art. 222-16 CCCat -normas sobre aptitud del tutor, aplicables según el art. 226-6 CCCat-, según el cual sólo las personas jurídicas sin ánimo de lucro pueden ejercer estos cargos, quedando excluidas expresamente aquellas que se encuentren en una situación de conflicto de intereses¹⁶.

Además está el factor de la obligación del juez de otorgar absoluta preferencia a la voluntad expresada por el solicitante en cuanto a la concreta persona que desee sea nombrada. La persona necesitada tiene la posibilidad de decidir directamente quién quiere que sea su asistente, y el juez deberá respetar esa decisión, salvo que considere que el designado no es apto para el ejercicio del cargo, en aplicación de las normas sobre la aptitud del tutor ya mencionadas. El derecho italiano permite al juez una mayor capacidad de maniobra frente a la designación impuesta por el beneficiario, quizá para evitar los casos en los que éste ha “elegido” sometido a una cierta presión o manipulación por parte de sus familiares. Para ello el artículo 408 CCIt utiliza el término “causa grave” como motivo suficiente para desatender el ruego del solicitante de un administrador de apo-

¹⁶ El art. 222- 17 CCCat dispone que no pueden ser tutores las personas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. Como en Italia, no deberá nombrarse como asistente en Cataluña al cuidador profesional de la persona asistida si se le encomiendan funciones de administración del patrimonio.

yo¹⁷. Cabe mencionar que en el anteproyecto de libro II CCCat, el art. 226-1,2º tenía un redactado similar al de la norma italiana, pero en su versión definitiva se suprimió la referencia a la causa grave para incumplir los deseos del beneficiario de la medida de protección, optando con ello por el máximo respeto a los deseos de la persona asistida, aun a riesgo de perjudicarle¹⁸. Por el contrario, la autoridad judicial sí dispone de mayor arbitrio cuando la persona que solicita el nombramiento de asistente no designa a la persona que quiere que desarrolle el cargo o se ha limitado a excluir a alguien.

¹⁷ Art 408 CCIt: *“In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso”*.

¹⁸ Cfr. BOPC núm. 384, Projecte de Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, de 19 de gener de 2009, p. 35.