

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

**REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE
DISCAPACIDAD**

Trabajo Fin de Grado

Curso académico: 2020/2021

Realizado por **BEATRIZ TOMÁS TOMÁS**

Tutora. **MARÍA ENCARNACIÓN AGANZO RAMÓN**

Resumen

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, supone un nuevo paso hacia la consecución de la plena igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, introduciendo una nueva perspectiva en el modo de abordar la discapacidad basada en el modelo social. Bajo este modelo, la Convención establece un trascendental cambio de paradigma con respecto a la regulación de la capacidad jurídica, entendiéndola como la plena capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales y de la autonomía de la libertad individual de las personas con discapacidad, estableciendo también los mecanismos necesarios para garantizar la toma de decisiones mediante un sistema de apoyos.

Este trabajo se centra en primer lugar, en el análisis de la legislación española en materia de discapacidad y de la adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios de la Convención en el cual primaba un sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad con la posibilidad de acudir a un procedimiento de determinación de la capacidad de obrar donde se determine el órgano tutelar que más se ajuste a la necesidad de cada persona. Dicha legislación se recoge fundamentalmente en nuestro decimonónico Código Civil, que, si bien ha sido objeto de numerosas reformas a lo largo de los años, precisaba de una reforma integral para su adecuación a las normas de la Convención que no se ha dado hasta la reciente reforma con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual una vez entre en vigor, trate de dar cobertura a todas las situaciones de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mediante una normativa aplicable acorde, por fin, a los principios de la Convención.

Palabras clave: discapacidad, incapacitación, Convención Nueva York, alternativas, apoyos, autonomía personal, igualdad, capacidad jurídica.

Abstract

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ratified by Spain in 2008, represents a new step towards achieving full equality in the exercise of the fundamental rights of persons with disabilities, introducing a new perspective in the way of approaching disability based on the social model. Under this model, the Convention establishes a transcendental paradigm shift regarding the regulation of legal capacity, understanding it as the full capacity to exercise fundamental rights and the autonomy of individual freedom of people with disabilities, also establishing the necessary mechanisms to guarantee decision-making through a support system.

This work deals firstly with the analysis of Spanish legislation on disability and the adaptation of the Spanish legal system to the principles of the Convention. In the Spanish legislation, a substitution system prevailed in people's decision-making through a procedure for determining the capacity to act.

This legislation is fundamentally included in our nineteenth-century Civil Code, which, despite having been amended over the years, required a comprehensive reform to bring it into line with the provisions of the Convention. The reform Law, Law 8/2021, of June 2, has recently been approved, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity. When it comes into force, it will cover all situations of vulnerability of people with disabilities through applicable regulations in accordance, finally, with the principles of the Convention.

Keywords: disability, incapacitation, New York Convention, alternatives, supports, personal autonomy, equality, legal capacity.

Índice

1. Introducción	6
2. La Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006	10
2.1. Principios de la Convención	11
2.2. Obligaciones de los Estados.....	14
2.3. Derechos protegidos.....	15
2.3.1. Derechos de igualdad.....	15
1.3.2. Derechos de protección	20
2.3.2. Derechos de libertad y autonomía personal.....	22
1.3.3. Derechos de participación.....	23
1.3.4. Derechos sociales	25
3. Adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios de la Convención.....	27
3.1. Legislación civil y procesal en materia de capacidad. Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.	31
3.1.1. La incapacidad. Código Civil.....	32
3.1.2. El procedimiento de incapacidad. Ley de Enjuiciamiento Civil	34
3.2. Cargos tuitivos o tutelares.....	36
3.2.1. La tutela.....	37
3.2.2. La curatela.....	40
a. Medios de protección a personas con discapacidad.....	41
3.3.1. Asistencia.....	42
3.3.2. Actuación de los servicios sociales	43
3.3.3. El defensor judicial	44
3.3.4. La guarda de hecho	45
3.3.5. El acogimiento de personas con discapacidad	45
3.3.6. Voluntades anticipadas.....	46
3.3.7. Autonomía del paciente	47
3.3.8. Consentimiento en intervenciones quirúrgicas	48
3.3.9. Tratamiento ambulatorio involuntario	49
3.3.10. Autotutela	51
b. Ley de Jurisdicción Voluntaria.....	53
c. Tratamiento jurisprudencial. Interpretación de las normas.	58
3.5.1. Práctica de juzgados y tribunales.....	61
d. Especial referencia al derecho al voto. Reforma LOREG.....	63
4. 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.....	64
4.1. Análisis de la exposición de motivos.....	66
4.2. Estudio comparado con la legislación actual.....	69
4.2.1. La Reforma del Código Civil	70
4.2.2. Nuevas vías de actuación. Posibles apoyos.....	75

4.2.3. Reforma de la Legislación Procesal.....	77
4.3. Entrada en vigor	78
5. Cuestiones pendientes que no han sido reguladas.	79
5.1. Internamientos	80
5.1.1 Procedimiento Ordinario de internamiento	81
5.1.2 Procedimiento de Urgencia	83
5.2. Tratamiento Ambulatorio involuntario.....	84
5.2.1 Régimen jurídico del Tratamiento Ambulatorio Involuntario	90
5.2.2. Asistencia psiquiátrica. “Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario” Audiencia Provincial de Alicante.....	95
6. La esterilización de las personas incapacitadas	97
6.1. Ley de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente....	97
7. Medidas alternativas y complementarias	99
7.1. Poderes preventivos y con efectos subsistentes	100
7.2. Intervención notarial	103
7.3. Patrimonio protegido.....	106
7.4. Guarda de Hecho	108
8. Conclusiones	109
9. Bibliografía.....	114
9.1. Fuentes Normativas	114
9.2 Libros	115
9.3 Revistas	117
9.4 Tesis	120

Introducción

La discapacidad se define como una patología que conlleva deficiencias en cualquier grado: intelectual, física, mental o sensorial y que además es previsible a largo plazo, suponiendo esa situación un obstáculo para el desarrollo en sociedad de aquellas personas que la padezcan pues pueden verse imposibilitadas para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

La concepción de la discapacidad ha ido cambiando a lo largo de la historia y con ella el modo de afrontarla. En la Antigüedad y la Edad Media la actitud más común hacia la discapacidad era la prescindencia por entenderse esta originada por motivos religiosos como un castigo de los dioses o bien por considerarse que las personas con discapacidad no tenían nada que aportar a la sociedad, siendo seres improductivos que suponían una carga para la comunidad y asumiéndose que sus vidas carecían de sentido. Ante la detección de casos de anomalía física o mental la solución que solían practicar responde a dos submodelos diferentes; el eugenésico, característico del mundo griego en el que se acababa con la vida de estas personas y, el de marginación, introducido y expandido con el cristianismo donde se les alejaba del núcleo social.

A principios del siglo XX, a raíz de la Primera Guerra Mundial y de los millares de soldados mutilados, además del auge de las leyes laborales y de la introducción de las primeras legislaciones en torno a la seguridad social, el concepto de discapacidad asiste a un cambio de paradigma modificándose la forma de entender la diversidad funcional: los impedimentos físicos y mentales dejaron de ser considerados castigos divinos y comenzaron a entenderse como enfermedades que podían recibir tratamientos, por lo que, las personas aquejadas de alguna dolencia, no necesitaban ser marginadas de la sociedad. Fue así cómo el modelo de prescindencia pasó a ser sustituido por el modelo médico o de rehabilitación, cuyos fundamentos impregnan la mentalidad común hasta el día de hoy. Un modelo en el que el paradigma de la rehabilitación emerge la posibilidad del trabajo protegido, los Estados comienzan a hacerse cargo de aquellos ciudadanos que poseen diversidades funcionales mediante políticas públicas tendentes a poner los tratamientos médicos y los medios técnicos al servicio de las personas con discapacidad.

Sin embargo, el tratamiento social otorgado por el modelo rehabilitador también ha sido criticado por su sentido extremadamente paternalista y protector produciéndose la subestimación hacia las aptitudes de las personas con discapacidad puesto que el objetivo del mismo es curar a la persona discapacitada, o bien modificar su conducta con el fin de esconder la diferencia y, de ese modo, incorporarla a la sociedad considerando la discapacidad como un problema de la persona. Desde esta perspectiva, la persona se define a partir de parámetros de normalidad, lo que queda de manifiesto especialmente en el lenguaje: así, se habla, por ejemplo, de inválido o minusválido al referirse a las discapacidades físicas o sensoriales, y de subnormal cuando se intenta catalogar una diversidad psicológica o mental.

En la década de los setenta se ve la necesidad de un cambio hacia el modelo de integración, una nueva perspectiva que trata de considerar a las personas con discapacidad como sujetos y no como objetos. Este modelo social o concepción de derechos humanos tiene como objetivo último el conseguir que las sociedades respeten la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias considerándose para ello necesario que exista un cambio en el entorno social que elimine todas las barreras, ya sean ideológicas, mentales o de otro tipo, que imposibilitan esta igualdad así como la necesaria participación de las personas con discapacidad en la defensa o promoción de sus derechos humanos.

El origen, el desarrollo y la articulación del modelo social se han generado básicamente a través del rechazo a los fundamentos consistentes en que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales, entendiendo social como que no son las limitaciones individuales de la persona afectada la raíz del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social por la manera en que esta se encuentra diseñada. El modelo social, por otro lado, se fundamenta también en el presupuesto que se refiere a la utilidad de las personas con discapacidad para la comunidad por lo mucho que tienen que aportar a la sociedad, el objetivo que se encuentra reflejado en este paradigma es rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades, pero para ello deben ser

aceptadas tal cual son, ya que su contribución se encuentra supeditada e íntimamente relacionada con la inclusión y la aceptación de la diferencia.

Estos presupuestos generan importantes consecuencias, entre las que se destacan las repercusiones en las políticas a ser adoptadas sobre las cuestiones que involucren a la discapacidad debiendo quedar plasmados en el ámbito del Derecho para regir en el ámbito de la dimensión social. Es por ello por lo que, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. De este modo, mientras que anteriormente las soluciones se centraban en la rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas.

El modelo social se presenta en cierto modo en la actualidad como un reclamo, una aspiración, un ideal a alcanzar. Por ende, ciertos presupuestos que han sido plasmados en el ámbito del Derecho aún no podríamos llegar a afirmar que rijan en el ámbito de la dimensión social. Es por ello por lo que las características descritas anteriormente han sido deducidas de ciertas demandas sociales y sus recepciones normativas, pero no son una descripción exacta de lo que en este modelo se resalta la importancia de que el fenómeno de la discapacidad sea abordado desde un enfoque holístico.

Además, si vamos más allá, el submodelo dentro del modelo social es el modelo de la diversidad, con el cual se propone el cambio terminológico, la aceptación de la diversidad funcional como parte de la enriquecedora diversidad humana y la consecución de la plena dignidad en la diversidad funcional. Para ello se establecen dos ideas o valores fundamentales: dar el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas.

En 2006 con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pese a que esta tiene sus raíces en el modelo social, sus fundamentos éticos están estrechamente ligados al modelo de la diversidad recogiendo en su artículo 1 como concepto de persona con discapacidad lo siguiente y cambiando el futuro de la regulación sobre la protección de las personas con discapacidad de nuestros días:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Una definición que refleja que la persona con discapacidad no es la que tiene un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino aquella que, a causa de las diversas barreras puestas por la sociedad interactúan con dichos impedimentos y no pueden participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Lo que provoca que la discapacidad sea las barreras sociales no los impedimentos físicos, mentales intelectuales o sensoriales¹.

El objetivo principal de este trabajo, partiendo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la que trataremos en profundidad a continuación, es realizar un análisis de la regulación de la discapacidad en España, las modificaciones que se han llevado a cabo en nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor de la Convención, la legislación aplicada y los mecanismos para su adaptación a los principios de la convención y el análisis y estudio de la Ley de reforma recientemente aprobada así como las medidas alternativas y complementarias de la misma, consultando para ello diferentes fuentes bibliográficas, libros, páginas web, o artículos de revistas.

¹ CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A. (2006). “El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En Ferrer Lloret, Jaume; Sanz Caballero, Susana. (coord.): *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 191.

La Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006

Desde el nacimiento de las Naciones Unidas en 1945, los Derechos Humanos se han ido regulando en instrumentos de naturaleza convencional, con la finalidad de dotarles de una base jurídica sólida, mediante un proceso codificador que se caracteriza por su continua profundización y especialización², siendo vinculantes para los Estados que dan su consentimiento.

El régimen general de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se cimienta principalmente sobre tres instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo conjunto se conoce como la Carta de Derechos Humanos.

Sin embargo, fue con la entrada en el nuevo siglo del año 2000 cuando durante la Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se manifestó la necesidad de que “las organizaciones no gubernamentales y los Estados colaborasen en un proceso dirigido a la elaboración y adopción de una Convención Internacional”³, por la insuficiencia del sistema de derechos humanos, que no era capaz de ofrecer las garantías necesarias para evitar la existencia de violaciones de derechos sufridas por las personas con diversidad funcional, siendo necesaria la inclusión de un mecanismo específico que contribuyera a aumentar y mejorar el respeto de sus derechos fundamentales. Así como la necesidad de una mayor atención a las cuestiones relacionadas con la discapacidad para hacerlas más “visibles” en el ámbito de los derechos humanos, considerándose un tratado específico vinculante, la mejor forma para conseguirlo.

Más tarde, en 2002, encontramos el que podría ser el germen de la propia Convención. En la conclusión del informe elaborado por el profesor irlandés especialista en derecho internacional en materia de discapacidad, Gerard Quinn y la jurista y profesora alemana,

² BIEL PORTERO, I. (2009). *Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo*. Castellón. P. 83.

³ PALACIOS, A. (2008). “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; en *Colección CERMI*. Ediciones Cinca, núm. 36, 2008, p. 238.

Theresia Degener, en 2002⁴, se incidía en la necesidad de un Tratado específico sobre discapacidad para reforzar el sistema de derechos existente.

Es por todo ello que la herramienta a destacar en materia de discapacidad es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada⁵ tras un proceso de cuatro años en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 en la que intervinieron diversos actores, destacando los Estados miembros de las Naciones Unidas, Observadores de Naciones Unidas, Cuerpos y organizaciones de Naciones Unidas, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales y organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad.

La idea fundamental que comprende la Convención de Nueva York es la necesidad de promover la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que comporta a su vez el respeto a la dignidad inherente a su persona. Este propósito queda recogido en el artículo 1: “Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Afirmando de este modo que la Convención no sólo establece el respeto al principio de no discriminación, sino también los mecanismos necesarios para garantizar el goce y el ejercicio de los derechos recogidos en los Tratados de derechos humanos por parte de las personas con discapacidad. La Convención no pretende crear nuevos derechos, sino adaptar los ya existentes y asegurar el cumplimiento del principio de no discriminación en cada derecho, estableciendo herramientas para alcanzar dicho propósito respetando la igualdad de oportunidades.

2.1. Principios de la Convención

El texto normativo de la Convención de Nueva York culmina desde el punto de vista internacional una evolución en la consideración social y jurídica de la discapacidad.

⁴ DENEGER, T. QUINN, G. (2002). *Human rights and disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability.*

⁵ BOE 21 de abril de 2008. Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

Asume principios básicos y novedosos, al menos en su tratamiento y reconocimiento normativo, que venían siendo reivindicados por sectores sociales, médicos, educativos o incluso jurídicos. Desde una perspectiva jurídica va a imponer a los Estados partes una serie de obligaciones, principalmente de reformas normativas y de adecuación de sus políticas activas en el mundo de la discapacidad a los principios fundamentales con eficacia jurídico vinculante que quedan enumerados en el artículo 3 de la Convención Internacional de las personas con discapacidad y son:

- El respeto de 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. Junto con la Convención se adoptó el Protocolo facultativo de la misma⁶.
- La igualdad de oportunidades
- La accesibilidad
- La igualdad entre el hombre y la mujer
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Algunos de estos principios son generalmente reconocidos y aceptados por el conjunto de Estados, como por ejemplo la igualdad entre el hombre y la mujer, respeto de la dignidad inherente o la igualdad de oportunidades. Pero, además se incluyen principios específicos del ámbito de la discapacidad relevantes para la Convención, como son el respeto por la diferencia o el principio de accesibilidad, “que se dirige a la creación de una sociedad accesible en la que desaparezcan todas las barreras, sean cuales sean”⁷.

⁶ Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Constituido por dieciocho artículos en los que los Estados Partes acuerdan y reconocen la competencia del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir “comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas”.

⁷ BIEL PORTERO, I. (2009). *Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo*. Castellón, p. 115.

A pesar de que la Convención se aplica a todas las personas con discapacidad, se recogen dos principios específicamente dirigidos a dos grupos de personas: las mujeres y los niños con discapacidad. Esto se debe a la especial vulnerabilidad que estos grupos han sufrido a lo largo del tiempo, causando mayor desventaja y vulneración de derechos respecto los demás. La inclusión de todos estos principios, tanto los generales como los específicamente incluidos para la discapacidad, ha supuesto un gran avance en la regulación de los Derechos Humanos.

La Convención de Nueva York tiene como fin último lograr la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad y hablar de inclusión es garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos a las personas en igualdad de condiciones y para ello es necesario suprimir las barreras y desventajas que puedan encontrar las personas con discapacidad en la sociedad con el propósito de cubrir todas las necesidades en el ámbito de la salud, educación, empleo, participación activa política, es decir, en todos los aspectos de la vida, velando por la no discriminación⁸ y ofreciendo oportunidades y ajustes razonables por parte de los Estados para la rehabilitación e integración de las personas con discapacidad. La Convención es el instrumento internacional que supone el cambio en la concepción de la discapacidad en la actualidad social.

Lo que se pretende entonces es promover el ejercicio eficaz e igualitario de los derechos inherentes a cada persona, sin límites ni restricciones que puedan condicionar su formación como ciudadano y adoptar todos los ajustes necesarios para lograr una verdadera igualdad de condiciones. Es por ello por lo que la discapacidad se entiende en todo momento como una cuestión de derechos humanos, siendo las personas con discapacidad auténticos sujetos de derecho, con plena capacidad jurídica para el ejercicio

⁸ Convención internacional de las personas con discapacidad. Artículo 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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades públicas en todos los ámbitos como el político, el económico, el cultural, el social, el civil o el de otro tipo”

de sus derechos personalísimos y a los que se les confiere las medidas de apoyo necesarias para el ejercicio del resto de derechos cuya titularidad es inherente a su dignidad.

2.2. Obligaciones de los Estados

La ratificación de la Convención Internacional de las personas con discapacidad y del Protocolo Facultativo impone una serie de obligaciones para los Estados Parte con el fin del cumplimiento y de que se hagan efectivos los principios generales. El artículo 4 de la Convención enumera las obligaciones generales que deben cumplir, sin olvidar que a lo largo del texto se recogen otras obligaciones específicas.

“Los Estados parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.”⁹

Se comprometen a: Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con lo establecido en la misma actuando siempre conforme a ella; 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; Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; Empezar o promover la investigación y desarrollo para adecuar las tecnologías a las personas con discapacidad; Proporcionarles información sobre las ayudas disponibles y formación adecuada a los profesionales que trabajen con ellas.

En el apartado segundo del artículo cuatro los Estados Parte se comprometen respecto a los derechos económicos, sociales y culturales a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr el pleno ejercicio de estos derechos; a que las personas

⁹ Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Artículo 4.1. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

con discapacidad participen en la elaboración y aplicación de la legislación y actúen de manera directa y activa en las políticas para hacer efectiva la Convención.

Por último, el artículo cuatro señala que lo dispuesto en la Convención no afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado regulando de forma más favorable los derechos de las personas con discapacidad.

2.3. Derechos protegidos

Con el fin de analizar la repercusión que tuvo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, examinaremos el catálogo de derechos que el texto normativo recoge, estudiándolos en cinco grupos interrelacionados entre sí: derechos de igualdad, de protección, de libertad y de autonomía personal, participación y derechos sociales¹⁰.

2.3.1. Derechos de igualdad

a) *Igualdad y no discriminación*

Como ya hemos adelantado, el derecho a la igualdad es el fin y el fundamento básico de la Convención, estando presente durante todo su articulado, en todas las disposiciones y derechos recogidos en ella.

En el artículo 5 encontramos el principal mandato sobre igualdad y no discriminación, haciendo referencia al principio de igualdad ante la ley señalando en su primer apartado:

¹⁰ BARIFFI, F. PALACIOS, A. (2007) “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en *Colección Telefónica Accesible*. Ediciones Cinca, p.101.

“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”. Pero la igualdad se complementa siempre con el principio de no discriminación es por ello por lo que el apartado segundo establece la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, así como también la obligación por parte de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para la realización de “ajustes razonables”¹¹ para erradicar tal discriminación.

Finalmente, se reconocen como no discriminatorias las medidas necesarias para lograr estos fines, como las medidas de acción positiva.

En los artículos 6 y 7 el derecho a la igualdad es tratado de forma específica, refiriéndose a las mujeres y a los niños y niñas con discapacidad por la especial vulnerabilidad de estos grupos, lo que provoca mayor vulneración de sus derechos.

b) *Accesibilidad*

La accesibilidad está ligada al derecho a la igualdad, ya que para que las personas con discapacidad vivan de forma independiente y ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones se deberá crear un entorno accesible para ellos garantizando el acceso a los edificios, escuelas, hospitales, viviendas, a los lugares de trabajo y a las calles, también a la información (en las instalaciones públicas se hará uso de todos los lenguajes, incluido el Braille y se ofrecerán intérpretes en la lengua de señas), a internet y a otras tecnologías¹².

¹¹ Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Artículo 2. Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

¹² ANULA, A. (2013). *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Fácil Lectura*. Madrid: Seminario de Investigación en Lectura y Edición. Grupo DILES.

Para garantizarlo los Estados se comprometen a adoptar ciertas medidas, tal y como establece el artículo 9 de la Convención: “Los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.”

c) *Igual reconocimiento ante la ley*

Las personas con discapacidad son iguales ante la ley como así lo establece el artículo 12 de la Convención, de esta manera, se les reconoce su personalidad y, por ende, su capacidad jurídica: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”

En nuestro ordenamiento la capacidad jurídica tiene dos dimensiones, la capacidad jurídica (elemento estático) y la capacidad de obrar (elemento dinámico).

La capacidad jurídica “concepto equivalente al de *personalidad*, es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Dicha aptitud es atribuida a toda persona, por el mero hecho de serlo con independencia de su edad o de su aptitud para gobernarse por sí misma¹³.”

Por otro lado, la capacidad de obrar es “la aptitud para celebrar, válida y eficazmente, actos y negocios jurídicos. Esta aptitud depende de la idoneidad de la persona, dependiendo de sus cualidades y de la aptitud para gobernarse por sí misma para su plena capacidad de obrar”.

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, JR. (2016). *Manual Derecho Civil I (Derecho de la persona)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Esta diferenciación es propia también de los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, como el francés o el italiano, una doble dimensión entre capacidad jurídica (la que permite al sujeto ser titular de derechos) y la capacidad de obrar (la que permite ejercer al sujeto por sí mismo dichos derechos), que hace que se entienda la capacidad jurídica como el requisito esencial para que una persona pueda ejercer todos sus derechos y que en el caso de las personas con discapacidad la Convención se inclina hacia la defensa de la plena capacidad jurídica, cuya utilidad da lugar a que se establezca el alcance y el significado del artículo 12 de la Convención, incluyendo la capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás, cuestión que suscitó muchas polémicas en torno a la elaboración del texto en países como China, Rusia, países islámicos, no dispuestos a incluir la capacidad de obrar.

Esto mismo también lo asume, en varios documentos, la *International Disability Alliance*, donde afirma, que el concepto de *legal capacity* del artículo 12 tiene dos elementos, capacidad para tener derechos (*capacity to hold a right*) y capacidad para actuar y ejercitar los derechos (*capacity to act and exercise the right*)¹⁴.

Este precepto tuvo un gran impacto en los ordenamientos de los Estados Partes, imponiendo reformas en la legislación nacional sobre capacidad jurídica que adaptara las medidas necesarias para que las personas con discapacidad tuvieran reconocida la capacidad para ejercer los derechos por sí mismas. El apartado tercero del artículo 12 hace referencia a estas medidas exponiendo: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. A su vez, el apartado cuarto dice que: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para

¹⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. (2013). “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.” En *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Coord. S, DE SALAS MURILLO. Madrid: Dykinson. p. 21.

impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, 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”.

Con todo ello, puede deducirse que la Convención contempla un avance importante a la hora de rechazar el sistema de sustitución en la toma de decisiones el cual consiste en la intervención de terceros cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar sus propias decisiones y aboga por un sistema de apoyos que promueva la autonomía de estas personas.

En definitiva, la discapacidad no puede ser por sí misma una causa de justificación para anular o limitar la capacidad jurídica, de manera que cualquier disposición incluida en el ordenamiento de un Estado Parte que automáticamente considere incapaz a una persona con discapacidad deberá considerarse como un supuesto de discriminación, al igual que aquellas que contengan además elementos adicionales pero que afecten exclusivamente o desproporcionadamente a las personas con discapacidad las cuales deberán ser examinadas para comprobar si son o no discriminatorias¹⁵.

d) *Acceso a la justicia*

El artículo 13 de la Convención establece que todas las personas tienen derecho a acceder a la Justicia en igualdad de condiciones, también las personas con discapacidad, no siendo excluidas de ningún tipo de acto judicial. Para garantizar este derecho los Estados Partes

¹⁵ REVILLA, P. (2015). *Los Derechos de las Personas con Discapacidad; Especial atención a la discapacidad en el medio penitenciario*. Valladolid: Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.

promoverán la formación adecuada de los empleados de la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

1.3.2. Derechos de protección

Existen bienes jurídicos protegidos de especial vulnerabilidad o riesgo, derechos que les han sido limitados o restringidos a las personas con discapacidad durante la historia y que, por ello, para que se garanticen se hace uso de un nivel de protección específico. Los artículos relacionados con esta protección son los siguientes.

a) *Derecho a la vida*

El derecho a la vida es un derecho básico y universal, sin embargo, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad consideraron necesario introducir un precepto específico en la Convención sobre este derecho, y es que, a lo largo de la historia y en ciertas sociedades hoy día, la discapacidad es vista como un castigo divino, considerándose malditas las personas con discapacidad¹⁶, no valorándose sus vidas de la misma forma que las de los demás.

Por esta razón, la Convención en su artículo 10 exige a todos los países que garanticen el derecho de las personas con discapacidad a disfrutar de la vida, reafirmando el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos.

b) *Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias*

La Convención en su artículo 11 exige a todos los países que garanticen la seguridad de las personas con discapacidad, especialmente en los casos de guerras o conflictos

¹⁶ SERRATO, M. *La maldición de todos los tiempos*. Cámara Cívica.
<https://www.camaracivica.com/divulgacion-politica/la-maldicion-de-todos-los-tiempos/>

armados, catástrofes naturales o situaciones de riesgo por el mayor grado de vulnerabilidad de ñas personas con diversidad funcional en las situaciones descritas.

c) *Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso*

Estos aspectos, se tratan en la Convención por la “falta de autonomía personal en la que se encuentran muchas personas con discapacidad respecto de familiares o de instituciones”¹⁷, cosa que contribuye a un mayor riesgo de ser objeto de tortura, explotación, abusos o violencia tanto en establecimientos institucionales como en el hogar o ser sometidos a penas crueles inhumanas o degradantes.

El artículo 15 establece que ninguna persona será sometida a tortura, sufrirá un trato inhumano o será humillada, además de que los Estados deberán garantizar que las personas con discapacidad no sufran experimentos médicos o científicos en contra de su voluntad.

Por otro lado, el artículo 16 expone la prohibición de que las personas con discapacidad sean explotadas, sufran abusos o violencia, haciendo especial referencia a las mujeres y las niñas. Además, el artículo 16.3 exige que “todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes”, debiendo los países promover servicios independientes que les protejan, ayudas para su mejora o recuperación física y psicológica y la necesaria rehabilitación y reintegración en la sociedad de las que hayan sido víctimas de estos abusos o malos tratos.

A colación de lo anterior, el artículo 17 recoge la protección a la integridad personal tanto física como mental.

¹⁷ BARIFFI, F. PALACIOS, A. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Telefónica Accesible: Ed. Cinca. p.108, 109.

d) *Respeto a la privacidad*

Las personas con discapacidad tienen derecho a su vida privada no pudiendo ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y reputación”¹⁸. Por eso, los países protegerán sus datos personales y los datos sobre su salud.

e) *Respeto al hogar y la familia*

A sabiendas de que existe discriminación contra las personas con discapacidad en cuestiones de familia, matrimonio, paternidad, el artículo 23 de la Convención establece el compromiso de que los Estados Partes hagan leyes para que las personas con discapacidad tengan relaciones sexuales como las demás personas, sepan y conozcan los medios para evitar los embarazos, contraigan matrimonio si lo desean, tengan hijos o puedan adoptarlos y críen a sus hijos con responsabilidad¹⁹. Del mismo modo, garantizarán que los niños y niñas con discapacidad disfruten de una vida en familia como los demás y que vivan con sus padres o tengan una familia si sus padres no pueden atenderlos.

2.3.2. Derechos de libertad y autonomía personal

Donde más obstáculos y barreras sociales encuentran las personas con discapacidad es en el ejercicio de la libertad y la autonomía personal, por ello, los Estados deben adoptar medidas que garanticen el ejercicio de estos, exigiéndose por su parte un papel activo.

¹⁸ Artículo 22 apartado 1 de la Convención

¹⁹ ANULA, A. (2013). *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Fácil Lectura*. Madrid: Seminario de Investigación en Lectura y Edición. Grupo DILES.

a) *Libertad y seguridad de la persona*

El artículo 14 consagra el derecho de libertad y seguridad de las personas con discapacidad, estableciendo que no podrán ser privadas de la libertad sin motivo, cuestión de gran relevancia por cuanto que se dan casos en los que se ven obligadas a vivir en régimen de internamiento en residencias o instituciones sin tener en cuenta su libertad de elección.

b) *Libertad de desplazamiento y nacionalidad*

Las personas con discapacidad tienen derecho a viajar libremente, a elegir su residencia y su nacionalidad, a tener su documento de identidad y a entrar y salir de todos los países libremente tal y como establece el artículo 18 de la Convención.

c) *Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*

En relación con lo anterior y con el artículo 19, las personas con discapacidad tienen derecho a elegir su lugar de residencia, vivir de forma independiente, elegir cómo y con quien desean vivir. Tendrán oportunidad de acceder a servicios de asistencia domiciliaria, residencial u otro que proporcionen la ayuda necesaria para lograr su inclusión y participación en la vida de la comunidad.

1.3.3. Derechos de participación

Tradicionalmente, en relación con las personas con discapacidad, proteger significó aislar²⁰, de modo que fueron excluidas de la sociedad impidiéndoles participar en la comunidad.

El propósito de la Convención es romper con esta idea y le dedica tres artículos a esta cuestión y a los derechos de participación de las personas con discapacidad.

a) *Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información*

El artículo 21 establece que: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás”.

Las personas con discapacidad tendrán derecho a comunicarse en la forma que elijan y a recibir la información en los formatos adecuados a sus necesidades, siendo esencial que accedan a dicha información para ejercer su libertad de expresión y opinión y por tanto, participar en la sociedad como el resto.

b) *Participación en la vida política y pública*

La Convención incide en la importancia de participar “plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás”²¹, para ello los Estados, garantizarán unas elecciones sencillas, con instalaciones y materiales fáciles de entender y utilizar. Las personas con discapacidad tendrán derecho a pertenecer a asociaciones o partidos políticos, elegirán a su gobierno y podrán ser elegidos. Además, se garantizará el secreto del voto.

²⁰ GASPAR, J.E. (2005). “Participación social y personas con discapacidad psíquica” en *RES. Revista de Educación Social*. Número 3. <https://eduso.net/res/revista/3/articulos/participacion-social-y-personas-con-discapacidad-psiquica>

²¹ Artículo 29 de la Convención. *Participación en la política y en la vida pública*.

c) *Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y deporte*

Según el artículo 30, para que las personas con discapacidad participen en igualdad de condiciones en la vida cultural, se adoptarán medidas necesarias como la creación de material cultural en formatos accesibles, fáciles de comprender y de usar, de programas de televisión, películas, obras de teatro y otras actividades culturales accesibles.

Se legislará a favor del desarrollo de las capacidades artísticas, creativas y culturales de las personas con discapacidad y se garantizará la práctica de deporte especialmente para los niños y niñas con discapacidad.

1.3.4. Derechos sociales

Los derechos sociales son los derechos fundamentales de la persona que requieren ordinariamente de una acción positiva de los Poderes públicos para su realización y son los exigidos para garantizar una vida digna de la condición humana ²².

Para las personas con discapacidad, resulta esencial que se les reconozcan derechos sociales para alcanzar la igualdad, la no discriminación y la accesibilidad de la que hemos hablado eliminando las barreras u obstáculos que impidan el acceso a los servicios sociales.

Los derechos sociales reconocidos por la Convención son los siguientes.

a) *Educación*

La Convención, como ya avanzábamos, no establece nuevos derechos, sino que aclara y recoge, por fin, de forma explícita que el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva y de calidad. Recopila los artículos relativos a la educación de la

²² RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015). *Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales*. A Coruña: Universidad de A Coruña.

Convención de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 y establece en su artículo 24 que las personas con discapacidad tienen derecho a la educación y que los Estados partes tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar la educación inclusiva y de calidad para todas las personas sin distinción. Los Estados partes deben de garantizar el derecho a las personas con discapacidad en un sistema inclusivo a todos los niveles, incluyendo el nivel preescolar y la educación terciaria, las escuelas vocacionales y de educación continua, así como las actividades extraescolares y sociales.

Por lo tanto, este derecho obliga al Estado y comunidades autónomas a garantizar el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva y de calidad. Ello exige el acceso a la escolarización, la inclusión educativa con los ajustes necesarios de calidad y equidad y la participación en todas las actividades en las etapas educativas ²³.

b) *Salud, habilitación y rehabilitación*

En la Convención, se distinguió entre salud o prestaciones de salud y rehabilitación, regulándose en dos artículos diferentes, el artículo 25 y 26 respectivamente.

En cuanto a la salud, las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, es por ello por lo que la atención sanitaria debe ser gratuita o muy económica, de calidad, completa, incluyendo salud sexual y ofrecida cerca de donde vivan. Además, se prohíbe la discriminación en la prestación de seguros de salud y de vida, debiéndose prestar de manera justa y razonable.

Respecto a la habilitación y rehabilitación, el artículo 26 busca lograr la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional de las personas con discapacidad y para que participen en todos los aspectos de la vida. Para ello los Estados Partes dotarán a la sanidad de programas generales de habilitación y rehabilitación.

²³ CABADA, J.M. (2019). “La inclusión educativa, un derecho” en *Diario de la Educación*. Fundació Periodisme Plural.

c) *Trabajo y empleo*

El trabajo es un derecho de especial protección ya que las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar y a ganarse la vida como ellas elijan, es por ello por lo que la Convención pretende garantizar la no discriminación en el trabajo por razón de su discapacidad equiparando sus derechos, sus condiciones y su salario. El artículo 27 establece las medidas que los países llevarán a cabo para que las personas con discapacidad estén presentes tanto en el sector público como en las empresas privadas, en entornos accesibles, inclusivos y adaptados que protejan del acoso y de la discriminación y que fomenten el ejercicio de sus derechos laborales.

d) *Nivel de vida adecuado y protección social*

Se consideró necesario proteger estos derechos debido a las preocupantes estadísticas e informes que reflejaban la relación directa entre pobreza y discapacidad.

La Convención en su artículo 28 reconoce el derecho a un buen nivel de vida y a la protección social de las personas con discapacidad, lo que significa tener acceso a una vivienda digna, a la alimentación, al vestido y al ejercicio de estos derechos sin discriminación.

Adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios de la Convención.

El 3 de mayo de 2008 la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad entra a formar parte del ordenamiento jurídico español. Desde su entrada en vigor sus normas son directamente aplicables, vinculantes y recurribles ante los Tribunales de justicia. Sin embargo, la legislación española debe adaptarse mediante un proceso de análisis, adaptación y revisión transversal de toda la legislación interna vigente, incluyendo la modificación y, o derogación de las normas de Derecho interno que entren en contradicción con la Convención.

Por ello, el Estado español como Estado Parte, tras el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2019 por el que se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU, procede a la reforma normativa de varias de sus leyes para ajustarlas a dicha Convención a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad por la cual se reforman un total de diecinueve leyes relacionadas con la discapacidad para adaptarlas al nuevo modelo social y a los principios generales de respeto a la dignidad inherente a la persona, a la autonomía individual, a la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Las normas modificadas por la Ley 26/2011 son las siguientes:

- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- 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 sordo ciegas.
- 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.
- Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- 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 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil.
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
- Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

Una vez estudiada y analizada a fondo la Convención de Nueva York y los principios y derechos que trata de proteger, resulta sencillo darse cuenta de lo lejos que ha estado el ordenamiento español de equiparar la situación de las personas con discapacidad al resto y de alcanzar la igualdad y las condiciones establecidas en dicho texto internacional, hasta la reciente publicación de la Ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Cuando hablábamos del *igual reconocimiento ante la ley* de las personas con discapacidad establecido en el artículo 12 de la Convención, analizábamos ya las diferencias con la legislación civil estatal en cuanto a la capacidad jurídica y es que

la Convención que aboga por una capacidad jurídica plena para las personas con discapacidad es contraria a cualquier forma de intervención restrictiva o limitación de la capacidad. Frente al régimen de sustitución del Código Civil, la Convención orienta la legislación de los Estados partes a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad, exigiendo la adopción de garantías o salvaguardas por parte de los Estados miembros que hagan posible esa asistencia, se eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básicos en igualdad de condiciones con el resto de la población.

En este sentido la compatibilidad de la normativa civil sobre la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y los procesos de incapacitación postulados en la Convención Internacional de las personas con discapacidad fue analizada por la conocida Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009²⁴ que fundamenta una serie de reglas interpretativas de la legislación civil vigente en materia de incapacitación para conciliarla con los principios del artículo 12.

Por lo tanto, para entender que el precepto establecido en el Código Civil siga vigente debemos seguir la siguiente interpretación: “En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la personas y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley...”²⁵.

La adaptación normativa, pese a brotar de la Ley 26/2011, además de otros textos como el Real Decreto Legislativo de 1/2013 de 29 de noviembre, por el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como también la reforma del Código Penal fruto de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, engloba todos los ámbitos del Derecho positivo español, ámbito civil, penal, administrativo, mercantil o laboral imponiéndose la necesidad de llevar a cabo diversas modificaciones normativas, con el fin último de llevar a cabo la adaptación legislativa española a los presupuestos de la Convención sobre todo en dos cauces normativos: el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que el impacto en ellos con referente al artículo 12 fue de gran relevancia, afectando a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil en lo relativo a conceptos como la capacidad jurídica, la

²⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

²⁵ Sentencia 174/2002, de 9 de octubre de 2002.

capacidad de obrar, las causas de incapacitación y como no, su impacto en las normas procesales, la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Capítulo II del Título I del Libro IV relativo a los procesos sobre capacidad de las personas (artículos 756 a 763).

3.1. Legislación civil y procesal en materia de capacidad. Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

La regulación sobre capacidad se recoge principalmente en dos textos normativos fundamentales, por una parte, en los artículos 199 a 201 del Código Civil y por otra, en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Título I, Capítulo II denominado de los “procesos sobre la capacidad de las personas” artículos 756 a 763.

La redacción originaria del artículo 200 de El Código Civil español disponía que estaban sujetos a tutela tanto los menores que no estuvieran emancipados, como aquellas personas que sufrieran circunstancias de gravedad que pudieran suponer la pérdida o privación de la capacidad de obrar considerándose de ese modo las que adolecían de locura, demencia, falta de escritura o lectura, sordomudez o prodigalidad. Posteriormente, con la Ley 13/1983 de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se modificó el concepto de tutela y el concepto de incapacitación estableciendo las causas de incapacitación, describiéndolas de manera general y estableciendo un control judicial de declaración de incapacitación que solo podía declararse mediante una sentencia judicial que lo determinara, e introduciendo una nueva forma tutiva, que fue la curatela, además de las ya existentes de tutela y el defensor judicial. Otra de las novedades que introdujo dicha Ley fue la posibilidad de incapacitar a un menor de edad cuando concurrieran una serie de circunstancias.

En el ámbito nacional, el desarrollo normativo en materia de discapacidad va más allá y trata de regular sobre todo las situaciones limitativas de la autonomía personal, por ello, con el objetivo de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad se aprobó la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, promoviendo a su vez la satisfacción de sus necesidades, introduciendo por primera vez en España la figura fundamental de la autotutela.

Respecto al ámbito internacional, la regulación de la discapacidad y los procedimientos de incapacitación han sido motivo de diferentes cambios y modificaciones en el ordenamiento jurídico español. Tras la promulgación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, numerosos preceptos tanto del Código Civil, como de la Ley de Enjuiciamiento Civil fueron modificados para adaptar la normativa a las exigencias de la Convención muy especialmente a su artículo 12, así como al 13 dedicado al acceso a la justicia, al 8 referido a la toma de conciencia y al artículo 9 que define temas de accesibilidad, para ello se aprobó la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de Adaptación normativa de la Convención Internacional.

Por último, en el terreno autonómico también se han desarrollado diferentes leyes para el desarrollo de dicha materia como la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, o la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

El proceso, a nivel nacional, ha culminado con la publicación de la la Ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, actualmente en situación de *vacatio legis*.

3.1.1. La incapacitación. Código Civil

Nuestra legislación establece que cuando una persona no puede gobernarse con autonomía se puede solicitar la incapacitación de esta. La incapacitación (*preferiblemente determinación de la capacidad*) supone la privación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley, en los

artículos 199 y 200 CC²⁶. Y, una vez declarada, se prevé un régimen de tutela o de guarda de la persona incapacitada, siendo configurada la incapacitación como un sistema de protección de la persona cuando ésta es incapaz de proveerse por sí misma de dichos medios de protección de su persona y de sus bienes²⁷.

El artículo 200 del Código Civil establece las causas de incapacitación, entendiéndose como tales “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. La enfermedad o deficiencia debe mermar o modificar la capacidad intelectual y volitiva de la persona, llegando a afectar incluso a la posibilidad de toma de decisiones o al desarrollo de la personalidad, además se debe entender que la enfermedad que conlleva al procedimiento de incapacitación perdurará en el tiempo, entendiéndose como duradera o de cierta continuidad. Por otro lado, para llevar a cabo un procedimiento de incapacitación se debe constatar que existe una falta de autogobierno por parte de la persona objeto de la declaración, la ausencia de posibilidad de gestión de dicha persona por ella misma de la que ya hablábamos. Por lo tanto, para que las circunstancias puedan considerarse causas de incapacitación deben reunirse los dos requisitos simultáneamente²⁸, que se trate de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico²⁹ persistentes y que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma³⁰. Las deficiencias de carácter físico solo podrán ser tenidas en cuenta cuando supongan la absoluta imposibilidad de comunicación de la persona. Y con relación a los menores no emancipados el Código Civil dispone que podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad³¹.

²⁶ STS 30 junio 2004. En un conflicto planteado ante nuestros tribunales, el Ministerio Fiscal en el recurso de casación cuestionó si la interpretación de los arts. 199 y 200 CC eran acordes con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en la STS 282/2009 se dictaminó que el sistema de protección establecido en el CC sigue vigente, teniendo siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección a favor de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos plenamente, impidiéndole autogobernarse, no siendo por tanto una medida discriminatoria, concedida única y exclusivamente a favor de dicha persona y no de la familia.

²⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, JR. (2016). Manual Derecho Civil I (Derecho de la persona). Valencia: Tirant Lo Blanch.

²⁸ STS 31 diciembre 1991.

²⁹ SSTS 31 diciembre 1991, 31 octubre 1994, 16 septiembre 1999.

³⁰ STS 28 julio 1998, entre otras.

³¹ Artículo 201 del Código Civil.

La regulación de la incapacitación como ya mencionamos se realiza fundamentalmente en los artículos 199 a 201 del Código Civil, sin embargo, en el propio Código en otros preceptos se realizan las siguientes referencias a la incapacitación: en materia de capacidad para contratar en el art. 1263.2º, en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56, en materia de capacidad para testar en los arts. 663 a 665.

3.1.2. El procedimiento de incapacitación. Ley de Enjuiciamiento Civil

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, supuso una modificación en la regulación de la incapacitación, dado que los artículos 202 a 214 del Código Civil quedaron derogados, para posteriormente encontrar respuesta en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Capítulo II “De los procesos sobre la capacidad de las personas” artículos 756 a 763, artículos que tratan de resolver cuestiones relativas a todo el procedimiento que debe tramitarse para llevar a cabo la incapacitación de una persona, desde la competencia del Juez que debe dictar la sentencia, las personas legitimadas para solicitar la incapacitación, a quién afecta dicha situación, la forma de representación y hasta la determinación de las medidas cautelares que pueden adoptarse en caso de conocerse algunas de las causas que dan lugar a un procedimiento de incapacitación. Sin embargo, estos preceptos chocan en cuanto a los términos que emplea con el espíritu de la Convención, la cual se refiere en todo momento a *procesos de modificación de la capacidad*, frente a *los procesos de incapacitación* a los que hace referencia nuestra normativa civil y procesal.

La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz; si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal, estando facultada cualquier persona para poner en conocimiento de estos hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. La incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela³².

³² Artículo 757.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Posteriormente, el juez declarará la incapacitación mediante sentencia, en la que determinará la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, de este modo, a raíz de la Convención se establecieron previsiones acorde a las del artículo 12.4 de esta, para que si el Juez estimara que la causa que determina la declaración de incapacidad de una persona pudiera tener carácter temporal, pueda determinar tanto la duración como la posible revisión de la incapacidad en la sentencia, con la finalidad de proceder a su ampliación o modificación en caso de que resultara necesario. Además, en cualquier momento si se produce un cambio en las capacidades de la persona para tomar las decisiones que le afecten, podrán modificarse el alcance de la falta de capacidad declarada, a través de un nuevo procedimiento en el que puede llegar, incluso a reintegrarse la capacidad en caso de haber superado las deficiencias que le afectaban, jamás considerándose que la sentencia de declaración de incapacidad genera efectos de cosa juzgada.

Por último, el juez debe decidir si somete al incapacitado a un régimen de tutela³³ o de curatela³⁴, en atención a su grado de discapacidad. La diferencia entre uno y otro supuesto es clara, el tutor es el representante legal del pupilo, actuando en su nombre en el tráfico jurídico; mientras que el curador se limita a asistir a la persona incapacitada en la celebración de los actos y contratos que judicialmente se determinen, actuando la propia persona sujeta a curatela asistida por su curador³⁵. La incapacitación es graduable, ya que el Juez en la sentencia puede establecer la privación plena de la capacidad de obrar o, simplemente, señalar una serie de actos y, o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar.³⁶

Los actos realizados por el incapacitado, contra lo dispuesto en sentencia de incapacitación tal y como establece el artículo 1301 CC, serían inválidos, pudiendo ser anulados por el tutor o por el propio pupilo, en el plazo de cuatro años, a contar desde que hubiera salido de la tutela. Si, por el contrario, el incapacitado hubiera sido sometido a curatela, los actos jurídicos realizados por él sin la intervención del curado, cuando ésta

³³ Artículo 222.2º del Código Civil

³⁴ Artículo 287 del Código Civil

³⁵ STS 1 julio 2014, en la que se señala por el tribunal la necesidad de adaptarse a la concreta protección de la persona afectada por la incapacidad, distinguiendo a estos efectos los conceptos de tutela y curatela.

³⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, JR. (2016). Manual Derecho Civil I (Derecho de la persona). Valencia: Tirant Lo Blanch.

fuese preceptiva, podrían ser anulados por él mismo o por su curador según regula el artículo 293 CC, en el plazo de cuatro años a contar desde que se hubiese finalizado la situación de curatela.

La nueva ley 8/21 establece como prioritario el procedimiento de jurisdicción voluntaria, que, como veremos, sólo en caso de hacerse contradictorio, dará lugar a la tramitación del juicio verbal previsto en la LEC.

3.2. Cargos tuitivos o tutelares

Nuestro Derecho prevé distintos mecanismos o instituciones de protección con el fin de sustituir o, en su caso, asistir a la persona que tiene limitada su capacidad de obrar, como ocurre con el menor de edad, el emancipado, el incapacitado o el declarado pródigo.

Los cargos tutelares que regula el Código Civil para “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados” en el artículo 215, son la tutela, la curatela y el defensor judicial. Sin perjuicio de las matizaciones específicas de cada uno de estos cargos las notas de carácter general y las normas que se les aplica les son comunes son las siguientes.

Los cargos tutelares constituyen un deber y se han de ejercer siempre en beneficio del tutelado, estando bajo el control de la autoridad judicial,³⁷ es decir, una vez efectuado el nombramiento en el cargo, su ejercicio no queda al arbitrio de la persona designada para desempeñarlo, sino que es obligatorio y siempre orientado al beneficio del tutelado. Son por lo tanto, cargos de carácter obligatorio, admitiéndose la excusa de su ejercicio en algunos supuestos previstos en el artículo 217 del Código Civil. No obstante, esta obligatoriedad protege a la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, reconociéndole el derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, si no puede obtenerse por otro medio su resarcimiento³⁸. Con el fin de garantizar el correcto desempeño de sus funciones, el

³⁷ Artículo 216 del Código Civil

³⁸ Artículo 220 del Código Civil

Código Civil establece una serie de prohibiciones atinentes a quien ostente el cargo tutelar³⁹, no pudiendo recibir liberalidades del tutelado o herederos hasta que se apruebe definitiva su gestión, ni representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses, ni tampoco podrá adquirir por título oneroso bienes del tutelado, intentando evitar que se aproveche en beneficio propio de su cargo.

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares a tenor del artículo 218 CC habrán de inscribirse en el Registro Civil a efectos de su conocimiento a terceros.

Cada institución tutelar procede en casos diversos y tiene un fundamento, funcionamiento y estructura específicos por lo que se deben estudiar por separado.

3.2.1. La tutela

La tutela es la institución de guarda y protección prevista en el artículo 222 del CC para los siguientes supuestos:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. Las causas pueden ser desconocimiento de la filiación, muerte, declaración de fallecimiento, ausencia o incapacitación de los padres, privación de la patria potestad (art.170 CC) y exclusión de esta (art. 111 CC).
- Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. La sentencia de incapacitación optará por el régimen de tutela cuando así lo aconseje el grado de discernimiento del afectado por una enfermedad o deficiencia de las descritas en el artículo 200 CC.
- Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Se pasará al régimen de tutela cuando termine la prórroga de la patria potestad sin haber cesado la causa de incapacitación.

³⁹ VÁZQUEZ-PASTOR, L. (2013). *Derecho Civil I; Parte general y derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 150

- Los menores que se hallen en situación de desamparo. La situación de desamparo se produce cuando el menor queda privado de hecho de asistencia moral y material que precisa, como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a los titulares de la patria potestad o al tutor. Corresponde a la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo, con la adopción de medidas urgentes de protección necesarias para su guarda. Se trata de una tutela que corresponde a las Entidades mencionadas “por ministerio de la Ley”. En este caso, se habla de tutela automática o tutela administrativa.

Con excepción de la tutela automática, la tutela es un cargo de origen judicial, correspondiéndole el nombramiento del tutor al Juez, que atenderá al orden de preferencia que establece el artículo 234 y 235 CC “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres. 4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.”, “En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere.

En cuanto a la constitución de la tutela y el nombramiento del tutor, el Código Civil en su artículo 231 y el artículo 45.2 de la Ley de 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria se establece que el Juez constituirá la tutela, previa audiencia del promotor, de la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, de los parientes más próximos del menor o incapaz, del Ministerio Fiscal, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años. La selección se hará a favor de la persona que reúna las condiciones de capacidad e idoneidad y siempre en beneficio del menor o incapaz y salvo excepciones se nombrará a un solo tutor.

Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

La tutela conlleva la representación legal del tutelado, siendo el tutor el representante legal del menor o incapacitado y, por ende, actúa en su nombre e interés, le sustituye a la hora de realizar actos o negocios jurídicos. Entre sus funciones, el tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos, a educar al menor y procurarla una formación integral, a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, a informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración⁴⁰. Siempre de acuerdo con la personalidad de su pupilo, respetando su integridad física y psicológica, y si fuera necesario, pedir el auxilio de la autoridad⁴¹.

El tutor ostenta cierta libertad para actuar en nombre y por cuenta del representado, debiendo ejercer la administración del patrimonio del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia⁴². Existen limitaciones para llevar a cabo determinados actos, sujetos a autorización judicial por la especial trascendencia de los mismos, como enajenar bienes inmuebles del tutelado, la solicitud de internamiento de la persona tutelada, proceder a la renuncia de derechos o aceptación de acuerdos que puedan perjudicar los intereses de la persona, participar en la herencia del tutelado, solicitar préstamos en nombre de él, llevar a cabo la interposición de demandas, o bien realizar gastos extraordinarios en los bienes de titularidad de la persona objeto de tutela. En todos estos casos, deberá promoverse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para su autorización conforme a la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria.

En la nueva Ley 8/21 la tutela se reserva exclusivamente para los menores desapareciendo para las personas mayores de edad afectadas de alguna discapacidad, así como también

⁴⁰ Artículo 269 del Código Civil.

⁴¹ Artículo 268 del Código Civil.

⁴² Artículo 270 del Código Civil.

las figuras de la patria potestad rehabilitada o prorrogada, estableciéndose como cargo tutelar exclusivamente la curatela, como luego veremos.

3.2.2. La curatela

La curatela es una institución de guarda que dispensa un régimen de protección menos intenso que la tutela, es un cargo estable, pero de actuación intermitente, que se caracteriza porque su función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, ni a la administración de su patrimonio, ni al cuidado de su persona. La función que desarrolla es la de completar o asistir, con su consentimiento, la capacidad del curatelado en relación con aquellos actos de especial trascendencia de la esfera patrimonial para cuya realización la Ley, o la sentencia de incapacitación así lo determina. Por lo tanto, se diferencia de la tutela en que el tutelado carece de capacidad de obrar y por ello la medida de protección es la representación legal, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad.

El cargo de curador se prevé legalmente en los artículos 286 y 287 del CC para los siguientes supuestos: los emancipados cuyos padres han fallecido o están impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida en la Ley; los que obtuvieran el beneficio de la mayor edad; los que la sentencia de incapacitación o la resolución que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento⁴³; y los declarados pródigos. En estos casos, la curatela tendrá por objeto la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos.

Los actos jurídicos realizados por el sometido a curatela sin la asistencia del curador, cuando ésta es preceptiva según la Ley o la sentencia de incapacitación, son eficaces en principio, pero impugnables a través de la correspondiente acción de anulabilidad,

⁴³ En este supuesto el curador ha de asistir al incapacitado en aquellos actos que expresamente disponga la sentencia (art. 289 CC). Si la sentencia no especifica los actos en que es necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 271 CC)

estando legitimado para el ejercicio de la acción el propio curador y la persona sujeta a curatela.

En la nueva Ley 8/21 la curatela se establece como único cargo tutelar para mayores de edad, pudiendo llegar a ser representativa, como luego veremos, en los casos más graves.

a. Medios de protección a personas con discapacidad.

Tradicionalmente, las figuras de protección para personas con discapacidad aplicadas en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, incluida la nuestra, se han inspirado en el derecho romano, las cuales consisten en la representación de dichas personas. Un juez determina si una persona necesita protección en la toma de decisiones y el grado de esta protección. El sistema de protección de personas con discapacidad que no tienen capacidad suficiente en la toma de decisiones presupone confirmar que la discapacidad sea incapacitante y es en esa situación en la que la persona debe tener a alguien, persona física o jurídica, que tome decisiones por ella. Esto lo que se denomina toma de decisiones por sustitución.

Nuestro ordenamiento civil como ya hemos visto al estudiar los cargos tuitivos presenta algunos matices estableciéndoles a las personas que no tienen capacidad suficiente un tutor que tomará las decisiones en su nombre, es decir, un caso de sustitución. Sin embargo, también dispone que para aquellas personas a las que el juez estime capacidad de comprensión con ayuda, la modificación de la capacidad será relativa y estará sometida a su curatela, conservando parcialmente su capacidad en las áreas que el juez estime oportunas. Es por ello por lo que nuestro derecho civil obliga a los jueces a adecuar las sentencias de modificación de capacidad a las necesidades reales de cada persona, o lo que se ha denominado “hacer un traje a medida”⁴⁴, práctica que permite ofrecer los apoyos adaptados a las necesidades individuales reales. Por lo tanto, se entiende que

⁴⁴ RUF, J. y TRESSERRAS, J. (2015): “Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia”, en *Revista Española de Discapacidad*, 3 (1): 193-209.

haciendo un buen uso de esta adecuación de la protección acerca estas prácticas a los requerimientos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (ONU).

Sin embargo, para alcanzar el fin de la Convención de que los Estados Parte adopten medidas para la protección jurídica de personas adultas incapaces basadas en principios como la mínima intervención, la subsidiaridad, la flexibilidad, la individualización, la proporcionalidad de las medidas, el respeto y la promoción de la autonomía⁴⁵ queda un largo camino. Es por ello por lo que resulta necesario analizar nuestra legislación civil y procesal y hacer uso de las medidas necesarias para proporcionar los apoyos que puedan requerir las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con las salvaguardas adecuadas y efectivas que impidan abusos y velen por sus derechos, voluntades y preferencias.

3.3.1. Asistencia

Pese a que el Código Civil español no recoge la asistencia como tal, la figura de la asistencia se regula en los artículos 226.1 a 226.7 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II, del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, con el objetivo de dar respuesta a la diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad. La ley pretende reforzar la autonomía personal de las personas, flexibilizando la respuesta jurídica y evitando, en la medida de lo posible, procedimientos de modificación de capacidad innecesarios y, o desproporcionados para las necesidades reales de algunas personas. No debemos olvidar que estos procesos someten a las personas y a sus familias a unos procedimientos, a menudo, largos y dolorosos debido a su naturaleza y su complejidad.

⁴⁵ Recomendación nº 99 (4) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 23 de febrero de 1999, relativa a los principios de protección jurídica de personas adultas incapaces

El legislador autonómico establece, que el régimen jurídico aplicable para colmar las lagunas que puedan existir en la asistencia sea el de la tutela, siempre que resulte compatible, o que también se podrá acudir a los preceptos que regulan la curatela, por su similitud, para llenar los vacíos legales que surjan en la asistencia, siempre que sean también compatibles, aunque el régimen de la tutela es mas completo⁴⁶. La asistencia es un nuevo modelo de protección que se puede incluir en los sistemas de apoyo, y por su carácter flexible, implica un mayor respeto a la capacidad y autonomía de la persona con discapacidad en su ámbito personal y patrimonial⁴⁷. La finalidad principal del régimen de asistencia es proporcionar ayuda, apoyos necesarios como los acompañamientos, orientación necesaria en diferentes ámbitos de la vida y asesoramiento, teniendo además como idea principal, que la decisión de establecer el sistema de apoyos pertenece a la persona afectada, teniendo en cuenta sus peticiones y sin sustituir en ninguno de los casos, sus voluntades.

La nueva Ley 8/21 regula con extensión el sistema de salvaguardas, asistencias y apoyos para las personas con discapacidad, como seguidamente se expondrá.

3.3.2. Actuación de los servicios sociales

Cuando la situación de discapacidad de la persona es leve y la misma sólo precisa de ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria, de las gestiones administrativas que requieren cumplimentación de instancias o personación ante los organismos oficiales, o incluso, para ocasiones en las que se precisa de un apoyo para la organización de los horarios o actividades domesticas, es suficiente el apoyo por parte del personal encargado de los servicios sociales, el trabajador social, educador o auxiliar, sin que sea necesario la adopción de otras medidas. La coordinación socio sanitaria y de

⁴⁶ NUÑEZ ZORRILLA, M.C. (2014). La Asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación. Madrid: Dykinson. P. 25, 99.

⁴⁷ LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 64.

los distintos operadores jurídicos, incluidas las organizaciones de afectados o de familiares, resulta imprescindible para que puedan prosperar este tipo de apoyos⁴⁸.

3.3.3. El defensor judicial

El artículo 299 y siguientes del Código Civil establece la figura del defensor judicial. Su nombramiento procede ocasionalmente cuando en algún asunto exista un conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador, en los casos de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. También interviene el defensor judicial en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal, y su además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida. Por último, en los casos previstos por el Código Civil como el artículo 181, en caso de desaparición de una persona.

El defensor judicial, por lo tanto, tiene la finalidad de proteger al menor o incapacitado cuando concurren intereses opuestos o cuando transitoriamente no exista persona que ejerza sus funciones tutelares. Es designado judicialmente, pero se diferencia de la tutela y de la curatela, principalmente, por no tener el carácter estable de éstas, sino que se trata de un cargo temporal y limitado a un asunto concreto. Su nombramiento, tiene lugar mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o petición del ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio. El Juez

⁴⁸ COVES GARCÍA, M.S. (2020). *Las alternativas a la incapacitación*. Trabajo Final de Grado. Elche: Universidad Miguel Hernández de Elche.

nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo⁴⁹ y tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida⁵⁰.

3.3.4. La guarda de hecho

La guarda de hecho viene imponiéndose en los últimos tiempos como alternativa más viable a la constitución de organismos tutelares, figura que atiende a una situación puramente de hecho, cuando las personas que deberían estar sometidas a una institución de guarda y protección pero que carecen de ella, es decir, cuando una persona sin nombramiento se encarga de la guarda de un menor o de alguien en quien concurre causa de incapacitación. De acuerdo con el artículo 303 CC, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Además, el artículo 304 CC dispone que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

La nueva ley 8/21 refuerza esta institución, reconociendo la importancia de esta realidad social, que dota de una mayor protección.

3.3.5. El acogimiento de personas con discapacidad

El artículo 239 bis del Código Civil introducido por el art. 2.27 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece lo siguiente: “La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté

⁴⁹ Artículo 300 del Código Civil.

⁵⁰ Artículo 302 del Código Civil.

encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad. Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.

3.3.6. Voluntades anticipadas

La 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* introdujo la figura de apoyos de las voluntades anticipadas o el testamento vital.

Las voluntades anticipadas se definen como el documento redactado por una persona en el que se acogen las voluntades o manifestaciones de forma anticipada acerca de los cuidados y tratamiento de salud y finalidad de sus órganos, además de poder nombrar un representante el cual pudiera representarle en las actuaciones con el médico o equipo sanitario para que si se diera el caso puedan llegar a ser utilizadas dichas voluntades.

El artículo 11 de dicha Ley, recoge la posibilidad de que la persona mayor de edad, que ostente capacidad de obrar y sea libre, pueda redactar esas manifestaciones con carácter previo, para que se lleven a cumplimiento en el caso de que una incapacidad sobrevenida no le permita tomar decisiones con la autonomía suficiente. Pudiendo modificar, sustituir o revocar el contenido de las voluntades en cualquier momento, mientras se encuentre con capacidad suficiente y además si llegado el caso de que debieran de utilizarse dichas voluntades, el otorgante se encontrara con la capacidad plena, podrá tomar por él mismo

las decisiones ya que estas prevalecen sobre las instrucciones previamente otorgadas. Sin embargo, si llegado el momento no se encontrara capaz, entonces se utilizarán dichas voluntades anticipadas y entrará en juego la figura del representante si fuera necesario.

En cuanto al contenido esencial que tiene que incluir las voluntades anticipadas se encuentran las instrucciones en relación con las actuaciones médicas que se deban de llevar a cabo cuando el otorgante esté en una situación que le impida expresar su voluntad de manera libre, por darse una falta de capacidad sobrevenida. También puede incluir el destino que ha de darse a sus órganos o del cuerpo en caso de fallecimiento, para fines terapéuticos, docentes o de investigación. Nunca deberán incluir voluntades que vayan en contra del ordenamiento jurídico.

Por último, existen dos formas de otorgar las instrucciones anticipadas, una ante la formación de escritura pública ante notario, y otra, formalizar dichas voluntades ante tres testigos mayores de edad y capaces, de los cuales dos de ellos no podrán tener relación matrimonial, o análoga con el otorgante, así como tampoco relación familiar de segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial.

3.3.7. Autonomía del paciente

La misma 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* establece como uno de sus principios básicos en su artículo 2, el respeto a la dignidad de la persona humana y, por ende, el respeto a la autonomía de la voluntad y a su intimidad, lo cual se verá reflejado cuando deba de utilizarse, transmitir o custodiar toda la documentación e información clínica.

Respecto a la autonomía del paciente, los artículos 8 a 13 de dicha ley, regulan en el ámbito sanitario las cuestiones tan relevantes como el consentimiento informado, sus límites y el caso especial de consentimiento por representación, el derecho a la

información para elegir médico o centro sanitario, las instrucciones previas o las formalidades para otorgar el consentimiento.

3.3.8. Consentimiento en intervenciones quirúrgicas

La 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* establece con carácter general el previo consentimiento que se debe otorgar por parte de los pacientes con anterioridad a cualquier intervención o actuación médica, el cual consistirá en una conformidad libre, voluntaria y consciente, con uso pleno de sus facultades para la toma de decisiones y que se otorgará una vez el paciente o su representante legal, ha recibido toda la información la cual será comprensible, es decir, adecuada al nivel intelectual y cultural que tenga el destinatario y a las circunstancias personales del paciente como la edad o estado de ánimo, además de veraz y encaminada a conocer el estado de salud de la persona y a obtener el consentimiento.

Por ello es necesario definir los criterios a tener en cuenta en la participación de la persona con la capacidad modificada judicialmente en la toma de decisiones en el ámbito sanitario, así como también facilitar su participación empleando un lenguaje accesible, y teniendo en cuenta la libertad del paciente y sus criterios y opiniones personales el apoyo en la toma de dichas decisiones. Por lo tanto, el consentimiento informado a los pacientes es uno de los apoyos más importantes en el ámbito sanitario, caracterizado siempre por el respeto al derecho de autodeterminación de la persona y a tener en cuenta su propia voluntad y necesario en todos los casos en los que pueda producirse un ingreso hospitalario, intervención quirúrgica, extracción de muestras, trasplante de órganos o incluso transfusión de sangre. Para dar el consentimiento la persona que reciba la información deberá tener capacidad para comprender y expresar su conformidad y este deberá a su vez ser libre y voluntario, en defecto de capacidad para comprender la información y tomar decisiones al respecto, el consentimiento debería prestarse por el representante legal.

Existen otras situaciones especiales a la hora de otorgar el consentimiento informado, como es el caso de las personas que padezcan deficiencias psiquiátricas, demencias o discapacidad intelectual: Para los casos en los que pueda llegar a verse afectada la

autonomía del paciente por enfermedades psíquicas que limiten la capacidad se probará mediante test de evaluación de la misma, los cuales permitirán determinar si la capacidad de la persona queda afectada y deberá otorgarse el consentimiento mediante representante legal, o de lo contrario, si se encuentra capacitada para otorgarlo por ella misma. Sin embargo, como regla general se consideran capaces los que padecen deficiencias psíquicas entendiéndose estas como temporales; En cuanto a la demencia, la cual suele ocasionar una pérdida progresiva e irreversible de capacidad derivada de un deterioro cognitivo durante las primeras fases de la enfermedad, se deberá velar porque el paciente participe lo máximo posible en la toma de decisiones y a medida que la capacidad se vaya viendo reducida, deberá actuar por medio de representante legal para otorgar el consentimiento; Por último, en el caso de la discapacidad intelectual, puede darse una afectación moderada, grave y profunda, por lo que dependiendo del grado en el que se encuentre el paciente se garantizará su mayor o menor participación teniendo en cuenta sus facultades.

3.3.9. Tratamiento ambulatorio involuntario

El tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) es una forma de tratamiento de carácter psiquiátrico, que se impone de manera coactiva y que pretende asegurar el cumplimiento terapéutico en pacientes que sufren una enfermedad mental grave, sin conciencia de enfermedad y para los que el abandono del tratamiento supone un riesgo alto de recaída, con aparición de conductas disruptivas y violentas, así como hospitalizaciones repetidas y urgencias frecuentes. La imposición del tratamiento para personas con enfermedades mentales graves pretende mejorar la adherencia al tratamiento y evitar en la medida de lo posible cualquier tipo de deterioro en las personas, ya que existen muchas personas que padecen problemas relacionados con abuso de tóxicos y no toman la medicación de forma correcta, o que no son conscientes de su enfermedad, lo que conllevaría un empeoramiento de la enfermedad a la vez que la manifestación de conductas agresivas o violentas.

La adopción de dicha medida encuentra su justificación en varios aspectos relevantes ya que constituye una vía intermedia entre la posibilidad de incapacitar a una persona y el

internamiento judicial, lo cual evitaría que se produjeran ingresos cortos y continuos ya que saturan los servicios hospitalarios. Además, se constituye como una herramienta terapéutica, que se ajusta a la situación concreta en la que se encuentra la persona enferma, ante la posible negativa de muchos pacientes de asumir el tratamiento médico prescrito, dado que no suelen reconocer la enfermedad que padecen. El tratamiento ambulatorio involuntario, también trata de evitar el peligro potencial que supone para los pacientes y para el resto de las personas que tenga a su alrededor por la posibilidad de que adopte conductas de riesgo. Por último, se justifica el tratamiento dado que tiene como objetivo facilitar la adaptación y el mantenimiento de un tratamiento adecuado, que permita aumentar la conciencia sobre la enfermedad y la adhesión de forma libre a la realización de dicho tratamiento. Además, este tratamiento es mucho menos restrictivo que la posible incapacitación civil o la realización de varios ingresos de forma repetitiva y en estudios cualitativos que recogen la opinión de las personas implicadas en este tipo de tratamiento, se encuentra que de forma mayoritaria los familiares de pacientes con TAI y los psiquiatras que atienden a estos pacientes consideran beneficiosa la medida judicial, encontrando una mejoría clínica del paciente, incluso una parte de los propios pacientes sometidos al tratamiento involuntario ambulatorio consideran esta medida necesaria para asegurar el tratamiento y evitar medidas más coercitivas como el ingreso involuntario ⁵¹.

En la mayoría de los países de nuestro entorno, se han producido cambios legislativos que regulan su aplicación, sin embargo, en la actualidad no existe en España una normativa legal pero sí es posible su aplicación en el ámbito local de algunas ciudades españolas. Por ejemplo, en Alicante se desarrolló en 2008 un protocolo de actuación sanitaria-judicial para la aplicación del TAI. Se establece un periodo de aplicación de 18 meses y la necesidad del dispositivo sanitario de informar al juzgado cada 6 meses. La implantación de este protocolo exige la creación de un juzgado especializado en materia de salud mental.

⁵¹ HERNÁNDEZ VIADEL, M., LERA CALATAYUD, G., CAÑETE NICOLÁS, C., PÉREZ PRIETO, J.F. (2007). Tratamiento ambulatorio involuntario: Opinión de las personas implicadas. Archivos de Psiquiatría: 70(1):65-74.

Al respecto de esta medida, además, se ha pronunciado la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, que, en auto de fecha veinticinco de julio de dos mil catorce, ha señalado que *“el tratamiento ambulatorio forzoso es una medida mucho menos injerente en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades del afectado que la medida de internamiento forzoso, que sí aparece contemplada en el art. 763 LEC y no ha llegado a ser declarada inconstitucional en cuanto al fondo. Tanto el tratamiento ambulatorio como el internamiento no voluntarios comportan una afectación de los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la libertad personal (art. 17 CE), ya que en ambos casos resulta evidente que la privación o restricción de esta última está orientada a procurar tratamiento “por razón de trastorno psíquico” una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí. Es decir, cuando se autoriza o ratifica el internamiento de una persona en contra de su voluntad en un centro adecuado a su estado, la finalidad de la medida no es punitiva (castigar al ingresado por la comisión de un ilícito) ni precautoria (evitar que pueda cometerlo), sino terapéutica. Se trata de suplir la voluntad de quien no la posee, de forma transitoria o permanente, por tener alteradas sus facultades intelectivas y volitivas. De lo contrario, se correría el riesgo de que la decisión de negarse a someterse a un tratamiento médico, que puede comprometer gravemente la salud de quien la adopta, no haya sido tomada de forma libre y consciente. En todo caso, por lo que ahora interesa destacar, si el art. 763 LEC permite una privación de la libertad personal y una restricción de la integridad física, no resulta razonable concluir -como pretende el apelante- que dicho precepto no habilita para adoptar una medida de menor intensidad: el tratamiento ambulatorio forzoso”*.

3.3.10. Autotutela

La ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad abarca, además de todo lo referente al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, el concepto de la autotutela. El contenido de la ley incorpora diferentes

modificaciones para mejorar y aumentar las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos para la satisfacción de las necesidades de estas personas. Además, el concepto de autotutela podemos encontrarlo en el Código Civil en su artículo 223 aunque no explícitamente, incluye en el párrafo dos la siguiente afirmación: *Asimismo, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.*

La autotutela, por tanto, se define como la posibilidad que tiene una persona que ostenta capacidad de obrar de llevar a cabo la adopción de disposiciones que estime convenientes en previsión de que pueda llegar a producirse su propia incapacitación, lo cual puede llegar a ser muy relevantes en el caso de las enfermedades degenerativas. Se regula esta figura introduciendo modificaciones en el Código Civil, como la reforma que afecta al artículo 1732 del Código Civil, que establece que la incapacitación judicial de la persona, anterior al otorgamiento del mandato, no podría ser causa de extinción si el propio mandante ha dispuesto su continuación, sin perjuicio de que pueda ser acordada la extinción por parte del Juez cuando se constituye la tutela. Otra de las reformas importantes fue la modificación del artículo 757.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que se legitimaba al presunto incapaz para promover su incapacitación. Por tanto, en términos jurídicos se define como una figura legal que permite a una persona que ostente capacidad de obrar, para el caso de que fuera posteriormente incapacitada de manera judicial, dejar constancia de cómo quiere que se lleve a cabo la organización y administración de los asuntos que tengan que ver con su persona y bienes, incluyendo la posible designación de tutor.

Respecto de quien puede otorgar un documento de autotutela se determina que será cualquier persona con capacidad de obrar, conocida como capacidad natural, que resulte consciente del acto que está realizando y quiera formalizarlo de forma voluntaria ante notario, que deberá comprobar la capacidad de la persona, su voluntad respecto del acto que va a llevar a cabo y la adecuará al ordenamiento jurídico para que produzca efectos. Se formalizará el documento en escritura pública, que deberá contener tanto aspectos positivos referidos a la persona a la que nombra tutor, estableciendo tantos órganos de control como de fiscalización de dicha tutela, y el modo de ejercerla y todas las

disposiciones necesarias que desee sobre su persona o respecto de sus bienes, como disposiciones negativas referidas a qué persona no se podrá nombrar su tutor. Sí resultaría conveniente, sin embargo, nombrar a tutores sustitutos para el caso de que el primer tutor designado por parte de la persona no pudiera llevar a cabo la función de tutor o no quiera.

Además, el documento deberá publicitarse, a los efectos de la comunicación que se va a producir entre la Notaria y el Registro Civil, donde conste el nombre del notario que ha autorizado el documento, el número de protocolo y la fecha en que se produjo la autorización, siendo necesario incluir las partidas de nacimiento con anterioridad a acudir a la Notaria. La designación que se haya por parte del autotutelado vinculará al Juez, sin perjuicio de que pueda no tomarlo en consideración si lo exige el beneficio del incapacitado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 224 y 234 del Código Civil. Sin embargo, el Juez podría revisar el cambio que pueda producirse en las circunstancias que llevaron al interesado a nombrar o rechazar a una persona como su tutor, completando este régimen de autotutela con la comunicación necesaria al Registro Civil, donde posteriormente el Juez podrá obtener la certificación.

Por último, la autotutela produce efectos solo en el caso de que el Juez haya declarado incapaz a una persona mediante sentencia de incapacitación, y será en ese preciso momento cuando se tenga en cuenta la voluntad que recogió la persona incapacitada en su documento de autotutela.

b. Ley de Jurisdicción Voluntaria

La protección de las personas con discapacidad se ha ido realizando paulatinamente en nuestra legislación, mediante su adaptación a los criterios establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Constituye el último impulso en esta dirección la Ley de Jurisdicción Voluntaria aprobada por Ley 15/2015, de 2 de julio⁵². La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria entra en vigor el 23 de julio del mismo año, sin embargo, su promulgación estaba prevista ya desde la

⁵² VIEIRA MORANTE, F.J. (2016). *Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad*. *Derecho Privado y Constitución*, 30, 371-385. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.09>

aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del año 2000, y pretende ser un texto en el que se actualice y simplifique toda la regulación de los actos de jurisdicción voluntaria.

Tanto en sus normas comunes como en los concretos expedientes de jurisdicción voluntaria, singularmente en materia de personas y de familia, se garantiza la defensa de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente, término que sustituye a los de incapaz o incapacitación. Asimismo, se analiza especialmente la intervención judicial en los internamientos urgentes en centros psiquiátricos.

La Jurisdicción Voluntaria en materia de personas⁵³ regula los procedimientos dirigidos al reconocimiento de la filiación no matrimonial, el de habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial para menores o personas con capacidad modificada judicialmente, los de adopción, tutela, curatela y guarda de hecho, concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad, adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad, la obtención de aprobación judicial del consentimiento prestado a las intromisiones legítimas en el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, acogimiento de menores y declaración de ausencia y fallecimiento. En materia de familia se regulan los procesos de dispensa de impedimento matrimonial, de intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y de intervención en los casos de desacuerdo conyugal en la administración de bienes gananciales⁵⁴.

De lo relativo a la persona hacemos hincapié en los siguientes:

- Relativo a la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial (Artículos 27 a 32 LJV). En virtud del artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo podrán comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus

⁵³ Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, Título II.

⁵⁴ *SAEZ ABOGADOS* (2015). 7 de agosto, Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.
<https://www.saezabogados.com/ley-152015-de-jurisdiccion-voluntaria/>

derechos civiles. Las personas físicas que no se hallen en el caso anterior, habrán de comparecer mediante la representación de un defensor judicial. Así pues, el objeto del expediente es el nombramiento de un defensor judicial que reemplace la ausencia de capacidad de obrar. Hay que tener en cuenta que el nombramiento y la habilitación son figuras complementarias.

Por lo que, se seguirá este procedimiento siempre que, según la Ley, sea procedente el nombramiento de un defensor judicial de menores de personas que tengan la capacidad modificada judicialmente o que se esté pendiente de modificar.

- Relativo a la adopción (Artículos 33 a 42 de LJV). Mediante la institución jurídica de la adopción, una persona pasa a formar parte de una familia con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los hijos naturales, rompiendo los vínculos jurídicos existentes con su familia natural. El objeto de este expediente es proceder a la adopción de una persona. También se encuentra regulada esta materia en los artículos 175 a 180 del Código Civil.
- Relativo a la tutela, curatela y la guarda de hecho (Artículo 43 a 52 LJV). Determinadas personas, por su edad o por sus circunstancias personales, requieren tanto para su desarrollo personal como para la administración de sus bienes la ayuda de una persona. Debido a la especial protección que se les brinda a estos colectivos, los encargados de velar por estas personas son los tutores, curadores o defensores nombrados judicialmente, a través de este expediente de jurisdicción voluntaria. Esta materia también se encuentra regulada en el Título X del Código Civil.
- Relativo a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad (Artículo 56 a Artículo 58 de LJV). La protección del patrimonio de las personas con discapacidad cuenta con una regulación específica en la Ley 41/2003 de 18 de nov. (Protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad). Esto es debido a que la necesidad de protección de las personas con discapacidad adquiere una especial relevancia en el ámbito patrimonial. Estos expedientes tienen por objeto evitar que el discapacitado realice actividades de disposición que disminuyan o eliminen tanto su patrimonio como sus posibles frutos o rentas, causándole un perjuicio económico.

- Relativo al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad judicialmente modificada (Artículos 59 y 60 LJV). A este procedimiento se sujetan todas aquellas actuaciones que tengan por objeto obtener la autorización judicial del consentimiento a las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo (Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente.
- Relativo a la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (Artículos 61 a 66 LJV). Este expediente está muy relacionado con el relativo a la tutela, curatela y guarda de hecho, porque trata de habilitar a estos representantes legales para la realización de ciertos actos referidos a los bienes y derechos de ciertos colectivos. Y es que la actuación y gestión del patrimonio que efectúa el representante se encuentra en muchos casos restringida, exigiéndose un grado más de protección por la trascendencia o naturaleza de los actos en cuestión. Este plus de garantía se concreta en el control judicial que se lleva a través de estos expedientes de jurisdicción voluntaria.

La nueva Ley 8/21 modifica en su artículo 7 la Ley de Jurisdicción voluntaria, regulando las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, permitiendo a estas personas que, si lo desean y a su costa, se valgan de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste, y estableciendo como procedimiento para la provisión judicial de apoyos, en caso de inexistencia de oposición, la jurisdicción voluntaria.

Por otro lado, se discute si la ratificación judicial de los internamientos urgentes por razones psiquiátricas constituye o no un expediente de jurisdicción voluntaria. Los que lo niegan consideran que en la actualidad no hay base legal para establecer vinculaciones entre los procedimientos de internamiento y los trámites de la jurisdicción voluntaria, considerando que los trámites de internamiento constituyen un procedimiento especial, con entidad propia, que no es un apéndice de los procedimientos de incapacitación, aunque pueda darse una acumulación de estos en la práctica⁵⁵. Otros, consideran que el

⁵⁵ SÁEZ GONZÁLEZ, J. (2015). La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno

expediente de ratificación de internamiento involuntario, al igual que el de internamiento involuntario ordinario, participa sin duda de la naturaleza de procedimiento de jurisdicción voluntaria, toda vez que se ajusta perfectamente a los requisitos establecidos en el art. 1 de la LJV: como todo expediente de jurisdicción voluntaria, se trata de un procedimiento en el que se requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso⁵⁶.

Todas las Sentencias de los últimos tiempos referentes a esto coinciden en incidir en un expediente judicial en el que la limitación rígida de los plazos para el pronunciamiento judicial genera importantes dificultades. La recepción habitual en los decanatos de los juzgados de la comunicación del internamiento por el director del centro psiquiátrico, y las necesarias operaciones de reparto y traslado al juzgado competente consumen parte del plazo de 72 horas previsto legalmente para la ratificación o alzamiento del internamiento; plazo que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se computa desde el ingreso de la primera comunicación en el ámbito judicial. La necesidad de posibilitar la asistencia letrada efectiva al internado implica emplear un tiempo en comunicar al letrado designado por el internado o sus representantes, o en lograr la designación de oficio por los colegios de abogados y procuradores, así como en permitir la intervención de estos profesionales.

Por lo tanto, tal y como señala la sentencia 50/2016 al respecto: “para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un abogado y procurador, sean de su

psíquico (Tratamiento posterior a la aprobación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Madrid: Tecnos.

⁵⁶ GONZÁLEZ POVEDA (1989). La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios, Navarra, 1989.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. (2016). El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional. Diario La Ley, 8763, 1.

confianza o designados por el juzgado de entre los del turno de oficio”. Estos trámites y la limitación estricta de tiempo para su conclusión, dada su relevancia en relación con los derechos constitucionales en juego, da una idea cabal de las dificultades a las que se enfrentan los juzgados competentes para ratificar los internamientos psiquiátricos urgentes.

Si además tenemos en cuenta que el número de internamientos despachados durante el año 2015 ha ascendido, según datos de la Fiscalía Superior de Madrid, a 4818, el panorama resulta preocupante. El interés de los discapacitados, que debe primar en todos los expedientes en los que estén interesados, obligaría quizá a reflexionar si la regulación actual y los plazos establecidos para el control judicial de los internamientos involuntarios son los adecuados.

c. Tratamiento jurisprudencial. Interpretación de las normas.

Por vía jurisprudencial nuestros tribunales han ido ajustando la interpretación de nuestros preceptos legales a los principios de la Convención. Una de las sentencias más relevantes en el ámbito de la incapacitación en España fue la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009*, dictada tras la tramitación de un procedimiento de incapacitación. El fiscal del caso alegó una serie de preceptos en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos, planteando dudas acerca del procedimiento de incapacitación civil español en relación con su necesaria adecuación a la Convención de Nueva York, expuso, por tanto, todos y cada uno de los argumentos que consideró necesarios a tener en cuenta en la resolución de la cuestión.

El argumento más relevante que defendió el Ministerio fiscal fue el basado en la concepción de *modelo social de discapacidad* que empleaba la Convención, en contraposición con el *modelo rehabilitador* que constaba en la legislación actual, dicho argumento centraba su defensa en la necesidad de abandonar el concepto tradicional de incapacidad, basado en un régimen de sustitución, para introducir un sistema actual de apoyos que garantice y refleje el principio de no discriminación proclamado en la Convención. Estableciendo como punto de partida una igualdad efectiva, que asegure una proporción de medios de apoyo a la persona con discapacidad para que pueda

desarrollarse plenamente en condiciones de absoluta igualdad respecto al resto de personas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la resolución de dicha cuestión no aprobó los argumentos aportados por el Fiscal, declarando que el procedimiento de incapacitación español sí estaba ajustado tanto a los preceptos de la Constitución Española, como a la Convención internacional, señalando lo siguiente: *"En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 Código Civil), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 Ley de Enjuiciamiento Civil) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 Código Civil), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable". De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona*

cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

Otra sentencia relevante en materia de incapacidad fue la dictada por el *Tribunal Supremo* el 21 de septiembre de 2011, con relación a la legitimación del tutor en materia de divorcio, dándose la situación de que la persona incapacitada se consideró que estaba totalmente imposibilitada para gobernarse por sí misma ya que sufría una tetraplejía que derivó en estado de coma como consecuencia de un accidente de circulación.

La sentencia, en su fundamento de derecho sexto, estableció que en este caso concreto entraban en colisión dos derechos fundamentales que había que destacar, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y la libertad de elección respecto a la situación matrimonial de cada uno. Se planteó la problemática de si los derechos considerados como de la esfera personal, podían llevarse a cabo a través de un representante legal, lo cual se resolvió estableciendo que, a falta de una regulación específica sobre esta materia, podrían ejercitarse siempre y cuando la persona incapacitada no pudiera actuar por sí misma.

El fundamento séptimo de la sentencia, trató el tema de la tutela judicial efectiva, empleando como reflejo el artículo 12.3 de la Convención, que establece que “ *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás*” , por tanto la adaptación de la legislación española a la Convención supone la necesidad de garantizar la actuación de la persona incapacitada a través de sus representantes legales, en este caso del tutor, porque de lo contrario se estaría limitando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Concluyó el Tribunal Supremo con lo dispuesto en el fundamento de derecho octavo, determinando que los tutores sí que ostentan legitimidad en materia de divorcio para proceder al ejercicio de la acción civil en nombre de la persona declarada incapaz, siempre que se cumpla el requisito esencial de que la persona incapacitada no pueda gobernarse por sí misma ni actuar en condiciones normales.

3.5.1. Práctica de juzgados y tribunales.

En lo respectivo a los Tribunales de Justicia, hay que citar dos grandes ejemplos de aplicación directa de la Convención. El primer ejemplo fue la *Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011, de 14 de febrero*, que trata la decisión del otorgamiento de amparo que solicitó una persona que se encontraba en un centro penitenciario y que además había sido declarada incapaz judicialmente. Se alegaba que, al no haberle dado la posibilidad de ser oída, prescindiendo de su comparecencia y tampoco le otorgaron la posibilidad de designar profesionales que procedieran a su defensa, existía una vulneración del derecho de defensa, asistencia letrada, y de ejercitar un proceso judicial con todas las garantías, así como también una vulneración de su ejercicio a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional determinó que, además de encontrarse reflejado el derecho a la asistencia letrada y de defensa en el artículo 24.2 de la Constitución Española, encontraba su referencia en el artículo 13 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* dado que en la redacción de dicho artículo se garantiza el desempeño de funciones en un procedimiento judicial de las personas incapacitadas, así como también la necesidad de que las personas que forman la Administración de Justicia, aseguren que dichas personas podrán gozar de un acceso efectivo a la justicia.

Un segundo ejemplo importante en relación con la aplicación directa de la Convención, lo tenemos en la *Sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de noviembre de 2009*. La cuestión planteada fue la posibilidad de que, a una persona con discapacidad, no se le aplicaran determinados requisitos para obtener una beca. La beca consistía en unos estudios universitarios del Grado de Derecho, que además del requisito esencial relativo a la capacidad económica del solicitante, se le exigió para su concesión el requisito de haber obtenido en el curso anterior cinco puntos de nota media y no contar con más de un suspenso. La situación que tenía el solicitante era de una asignatura aprobada de seis, y una nota media que no llegaba a la puntuación exigida en la convocatoria de cinco puntos como mínimo, por tanto, la beca le fue denegada. La decisión de denegación de la beca fue recurrida por el solicitante alegando que padecía un grado de discapacidad físico

y psíquico del 76% y que la exigencia de resultados en calificaciones y de superación de asignaturas no podía aplicárseles por igual dada las dificultades que pueden llegar a tener.

La resolución de la Audiencia Nacional fue proceder a la estimación del recurso contencioso-administrativo, reconociéndole la concesión de la beca solicitada, así como todos los gastos relativos a matriculación. El argumento que utilizó la Audiencia Nacional para la resolución del recurrente fue que la Convención puede realizar ajustes en la normativa vigente española, con la finalidad última de que se evite la discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio al derecho de obtención de una educación superior, como se considera a los estudios universitarios. El precepto base de la resolución fue el artículo 2 de la Convención, el cual establecía y definía las situaciones que se consideraban discriminatorias, así como también se considera como ajustes necesarios *«las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»*. La situación que padecía el recurrente entonces se correspondía con la imposibilidad de seguir con un régimen ordinario de educación y por tanto no podrían exigírseles los mismos requisitos que para una persona que no padeciera ningún tipo de discapacidad.

Los juzgados de primera instancia españoles, en coordinación con la fiscalía, por otra parte, han venido realizando un esfuerzo importante durante los últimos años, para adaptar sus resoluciones a la normativa de la Convención interpretando las normas de nuestro ordenamiento jurídico de la manera más conforme a los principios de esta. De hecho, se ha consolidado una práctica judicial conforme a la tan sólo se declara la falta de capacidad en aquellos casos en los que, además de causa de incapacidad, existe un motivo que justifique dicho procedimiento, limitándose el pronunciamiento a aquellas actuaciones que la persona no puede realizar por sí misma para las que se le provee estrictamente de los apoyos necesarios. La denominación de los procedimientos ha ido variando en consonancia con este propósito de forma que en la actualidad se tramitan procedimientos de Determinación de la Capacidad de Obrar y Provisión de Apoyos.

d. Especial referencia al derecho al voto. Reforma LOREG.

Con la entrada en vigor el 7 de diciembre de 2018 de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.

La modificación de la ley electoral supone el reconocimiento del derecho a votar de 100.000 discapacitados intelectuales, con enfermedad mental o deterioro cognitivo, y supone, que los jueces y tribunales ya no tengan la capacidad de decidir si una persona reúne las aptitudes para poder ejercer su derecho al voto al suprimir los apartados que en los que la LOREG venía estableciendo las limitaciones en el derecho al voto de “los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme” así como “los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial durante el período que dure su internamiento”. El punto segundo del artículo 3 queda, desde su modificación, redactado de la siguiente forma: *Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.*

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establecía ya dicho precepto, reconociendo el derecho de sufragio para las personas con discapacidad y la necesidad de los ordenamientos de los Estados Parte de adaptarse. Sin embargo, no ha sido hasta la reciente modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que se ha dejado de limitar o anular el derecho de sufragio por razón de discapacidad. En 2011, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas recomendó a España revisar "toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás". Y, para ello, el Comité pidió al Estado modificar el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de julio, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular.

La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar".

Por tanto, en España, hasta este momento, carecían de derecho a voto las personas "incapaces en virtud de sentencia judicial firme" así como "los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio".

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.

En septiembre de 2020 se presenta para la proposición de enmiendas la Ley 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 a la que se le presentan 501 enmiendas el 18 de diciembre de 2020, más tarde, el 18 de marzo de 2021 se publica el informe emitido por la Ponencia. 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 es publicada en el BOE el reciente 3 de junio de 2021.

Esta Ley que pasó en noviembre de 2018 el trámite de informe del Consejo General del Poder Judicial responde, por fin, a las necesidades de reforma generadas por la entrada en vigor en nuestro país de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 que se iniciaron con las modificaciones del conjunto normativo ya mencionadas, sin embargo, es esta Ley la que tiene como objetivo la total implantación del espíritu de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley 8/2021 establece que con ella se pretende dar un paso en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico, adaptándolo a la Convención, adoptando las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y en la igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como promover el respeto a su dignidad inherente.

Establece que esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que serán proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, sujeta a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Se impone un cambio del sistema vigente hasta ahora, que se caracteriza por la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien será la encargada de tomar sus propias decisiones. Como se deduce la Ley, al igual que la Convención, busca la autorregulación del ejercicio de la capacidad jurídica mediante la modificación, tanto del derecho sustantivo como del procesal⁵⁷.

En la Ley se aborda, en cumplimiento de la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la «adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida», estableciendo «las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen»⁵⁸.

En definitiva, el objetivo que se persigue con esta Ley es el de completar la adaptación del ordenamiento español a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, a cuyo efecto se reforma el régimen de la tutela y la curatela con una nueva regulación de los Títulos IX, X, XI y XII del Libro I del Código civil, de la Ley del Notariado, de la Ley Hipotecaria, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, de la Ley del Registro Civil y de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

⁵⁷ AMARILLO VOZMEDIANO, M.F. (2020). “¿Sumando un nuevo colapso de los órganos judiciales? ¿Salud mental? En *Asociación Profesional de la Magistratura*. APM39.

⁵⁸ Ministerio de Justicia. (2020). *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Secretaría General Técnica y Subdirección General de Política Legislativa

4.1. Análisis de la exposición de motivos

Tal y como manifiesta el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención, cuyo propósito es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente, proporcionando a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se aplique 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, éstas, además serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Para ello, la Ley impone el cambio de sistema de sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien será la encargada de tomar sus propias decisiones, como norma general.

La Ley supone “un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo”. Sin embargo, la adaptación del ordenamiento jurídico español se inicia con la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad la cual modifica numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno, posteriormente la reforma continua con el Real Decreto Legislativo

1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que se suma la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2014, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

El apartado II de la Exposición de Motivos expone la estructura y contenido de la Ley, exponiendo las modificaciones, así como las leyes a las que les afectan (Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, 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, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Los apartados III y IV tratan sobre la reforma que la Ley introduce del Código Civil, “la más extensa y de mayor calado, sentando las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad”. El Título XI se redacta de nuevo, con una nueva regulación que no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de la persona humana, sino un nuevo sistema de apoyo a la persona que lo precise que comprende todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento hasta el consejo y que no atiende solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como lo relativo a la vida ordinaria.

Se reubican los Títulos XI y XIII, lo que supone la reordenación de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, así el Título IX pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la

emancipación. Además, en defecto de previsión de medidas por la persona para el caso de resultar necesarias para su protección, las medidas de apoyo legales se seguirán conteniendo en el Título XI del Libro Primero del Código Civil, que se redacta de nuevo denominándose “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, con una nueva regulación que no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de la persona humana, sino un nuevo sistema de apoyo a la persona que lo precise que comprende todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento hasta el consejo y que no atiende solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como lo relativo a la vida ordinaria.

Esta modificación fijará la preferencia de las siguientes medidas en detrimento de las actuales, así: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. De tal modo que la tutela, que ha sido tradicionalmente el prototipo de medida legal lo proscribe el artículo 12 de la Convención y se eliminan del ámbito de la discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Por ello, se buscan otras figuras menos rígidas y mejor adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que se propone. Aunque se mantiene la tutela para los menores no emancipados en situación de desamparo y no sujetos a patria potestad. La preferencia por otras figuras trae aparejada la desaparición de la patria potestad rehabilitada o prorrogada para las personas con discapacidad. La Convención y el proyecto prefieren otras figuras como la autotutela, en su defecto, la guarda de hecho, defensor judicial y, como excepcionales, la tutela y la curatela. Respecto de la curatela, conserva su nombre como figura legal, pero cambia su contenido. La curatela pasa a ser una medida de apoyo continuada y subsidiaria a las demás. Por su parte, la guarda de hecho es la figura preferida por la Convención y por el Proyecto, figura que nace del vínculo afectivo y la solidaridad entre las personas y por eso carece de formalidades en su constitución, pues no requiere de resolución judicial, salvo cuando sea requerida una “ad hoc”. La reforma potencia esta figura. Sobre ella pueden establecerse salvaguardas y ser objeto de control judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, que se modificará al efecto. En el plano patrimonial, al guardador le estará vedado siempre la realización de actos de disposición o administración extraordinaria. En lo personal, el guardador requerirá autorización siempre que el acto implique riesgo para la vida, integridad física o libertad

de la persona, y el procedimiento diseñado para estos casos es el mismo. Por último, por lo que se refiere al defensor judicial aparece como una figura de apoyo ocasional, como hoy rige. Se acudirá a esta figura cuando quien presta el apoyo habitual a la persona con discapacidad no pueda hacerse cargo transitoriamente de la misma o hasta que se designe a otra persona, así como en caso de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien le dispensa apoyo, y cuando la autoridad judicial lo considere necesario. El defensor judicial asume de forma puntual la guarda legal. Lo cierto es que la previsión legal no difiere de lo que ya se realiza en la práctica, no solo en procesos civiles sino también penales para los casos en los que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o en aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

El apartado V y VI de la Exposición de Motivos hace referencia al ámbito procesal introduciendo algunas modificaciones en la regulación de los procesos con el objetivo de resolver algunos problemas detectados en la práctica. La adaptación normativa no solo afecta a la Ley de Enjuiciamiento Civil sino también a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Se prevén expedientes de nombramiento de curador sin oposición y autorizaciones judiciales sin necesidad de abogado y procurador, o rendiciones de cuentas ocasionales⁵⁹.

Por último, la Ley de reforma introduce un régimen transitorio, mediante el cual se amplía la legitimación activa para revisar todas y cada una de las medidas que se hubieran adoptado en base a la legislación anterior.

4.2. Estudio comparado con la legislación actual

La nueva Ley prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y utiliza para referirse tanto a la titularidad de los derechos como a su facultad para ejercerlos el término capacidad jurídica o, simplemente, capacidad, tal y como hace el art. 12 de la Convención.

⁵⁹ AMARILLO VOZMEDIANO, M.F. (2020). “¿Sumando un nuevo colapso de los órganos judiciales? ¿Salud mental? En *Asociación Profesional de la Magistratura*. APM39.

Consagra el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias; “en ningún caso apela ni considera relevante el interés superior, o mejor interés, de la persona con discapacidad, que ni siquiera es mencionado en el texto siguiendo fielmente el criterio de la Observación General Primera del Comité de los derechos de las personas con discapacidad ⁶⁰, órgano de seguimiento de la Convención” ⁶¹.

4.2.1. La Reforma del Código Civil

La Ley de reforma parte de la necesidad de cambiar completamente el sistema del Código civil español en materia de discapacidad por su falta de adaptación a la Convención, sin negar los esfuerzos realizados por la doctrina y la jurisprudencia para aproximar nuestro Derecho interno al régimen de la norma convencional.

A lo largo de todo el articulado del Código Civil que se reforma con dicha Ley observamos el cambio de paradigma que tiene lugar puesto que en la legislación anterior como presupuestos generales a tratar no se reconoce la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su doble sentido de titularidad y derecho a actuar; se mantiene un sistema de sustitución en la toma de decisiones con figuras como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, el tutor, pero también curador y no contemplan suficientes salvaguardas para asegurar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

La Ley establece un sistema de apoyos plurales y flexibles para la persona con discapacidad integrado en cada precepto del articulado, cuyo objetivo último es que la persona precise menos apoyo en el futuro. En la configuración de esos apoyos se trata de atender tanto a los aspectos personales como a los patrimoniales, en la consideración de que el Derecho civil es, sobre todo, el derecho de la persona con todos sus atributos y no solo como centro de imputación de derechos esencialmente patrimoniales; en definitiva,

⁶⁰ Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.

https://www.pleninclusion.org/sites/default/files/observacion_general_no_1_2014_1f.pdf

⁶¹ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales” en *Hay Derecho. Por una conciencia cívica*: Expansión.

entiende que el Derecho civil también sirve como instrumento de tutela de los derechos humanos.

Partiendo de los mencionados presupuestos generales que introduce la reciente Ley respecto a la legislación civil actual, algunas de las ideas principales que dimanan del conjunto del texto y que debemos destacar son las siguientes.

En primer lugar, la nueva regulación proyectada no se aplica a los menores de edad, o lo que es lo mismo, se dirige únicamente a las personas adultas con discapacidad. Prueba de ello es el nuevo *Título XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*, por lo que el Título al que antes se refería pasará a ser exclusivamente de la tutela y de la guarda de los menores.

En el articulado también encontramos evidencias de ello, como por ejemplo el artículo 9.6 que modifica el Proyecto de Ley haciendo mención a la residencia de las personas con discapacidad para las medidas de apoyo, excluyendo a los menores de la redacción vigente. Otro ejemplo de la regulación separada que trata de hacerse en el Proyecto de Ley, diferenciando a menores y personas con discapacidad en todo momento es la del artículo 94 que en la legislación actual se establece conjuntamente que:

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

Con la reforma se redacta de nuevo diferenciando a los menores y a las personas con discapacidad en párrafos distintos: *La autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, podrá ejercitar su derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará*

el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal.

O también, las modificaciones en los artículos 123 y 124 referentes a la filiación son prueba de la exclusión de los menores en este sentido. El artículo 123 se reforma por el apartado catorce del artículo segundo del Proyecto de Ley, al cual se le adhiere a su redacción actual que es la siguiente: *El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.*

Lo referente al consentimiento redactado en el Proyecto de Ley de esta forma: *El consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo dispuesto por esta. Igualmente, si el interesado fuese persona con sordera o sordoceguera, será asistido mediante la intervención de un intérprete designado al efecto por el interesado conocedor del lenguaje de signos o dactilográfico, cuya identidad deberá consignarse en el expediente; si fuese persona con ceguera, deberá serle prestada la asistencia que resulte precisa para su otorgamiento.* La misma diferenciación de actuaciones, introduciendo en la nueva redacción las supuestas medidas de apoyo establecidas para las personas con discapacidad ocurre en los artículos 112, 121, 124. El artículo 125 en cambio, elimina al incapaz que sí regula la legislación actual en cuanto a la filiación cuando los progenitores son hermanos dejando solo al menor.

Por otro lado, los niños y niñas con discapacidad tienen la protección de todos los niños y el criterio básico de actuación ha de ser la protección de su mejor interés. No obstante, para evitar la solución de continuidad entre la protección y el apoyo previsible, algunas reglas concretas se refieren a menores de edad con discapacidad, con el fin de que se puedan anticipar las medidas de apoyo que puedan llegar a precisar una vez que alcancen la mayoría; siguiendo la lógica del nuevo sistema, estas actuarán sólo si efectivamente las precisan llegado ese momento y los propios interesados no las sustituyen por otras de origen voluntario.

En segundo lugar, se apuesta claramente por la prevalencia de la voluntad de la persona concernida sobre cualquier otra propuesta legal o de otro tipo ya que sienta las bases del nuevo sistema en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con

discapacidad. Esa prevalencia se manifiesta fundamentalmente en dos circunstancias: por un lado, la prioridad de las medidas voluntarias, preventivas o *ex ante* como los poderes preventivos, la autotutela, las decisiones *ad hoc* en documentos de voluntades anticipadas, etc, sobre las medidas legales, reactivas o *ex post*; por otro lado, se exige que todos los que presten apoyo, sea cual sea el origen de su función, estén obligados a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En tercer lugar, el elemento central de la nueva regulación no será la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz ni la modificación de una capacidad que es inherente a su condición de persona humana sino el apoyo a la persona que lo precise⁶², por tanto, la Ley trata de restringir al máximo posible las situaciones de sustitución de la persona con discapacidad por otra que actúa por ella sin contar con su voluntad. En consecuencia, el apoyo no se configura, con carácter general, como representativo; más bien al contrario, de conformidad con los principios de proporcionalidad y necesidad, la representación será excepcional y la representación general todavía lo será más. Incluso en los casos de representación no se prevé una actuación por parte del titular del apoyo sustitutiva de la voluntad del representado. Esto es así porque en este tipo de situaciones el representante siempre ha de actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad y si la persona no está en condiciones de manifestar su voluntad, el titular del apoyo no puede, en ningún caso, decidir por ella; muy al contrario, estará obligado a hacer un esfuerzo considerable a fin de determinar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiera requerido representación, teniendo para ello en cuenta los factores que esa misma persona habría tomado en consideración y no su mejor interés o su beneficio. Para casos en los que desde su nacimiento esta persona padece una enfermedad que le impide cualquier toma de conciencia y voluntad parece inevitable la actuación sustitutiva del representante, pero quiero haciendo hincapié en que se tratará de situaciones absolutamente que,

⁶² “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad” en *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>

precisamente por ello, no han de ser tomadas como modelo para el establecimiento de una regla general sobre la construcción del apoyo ⁶³.

Como resultado de la casi desaparición de mecanismos sustitutivos, se elimina la tutela, que queda reservada para los menores de edad, también se suprime el artículo 171 desapareciendo la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que en la redacción anterior del Código civil actualmente obedecen a la misma estructura sustitutiva. A mayores, ni el curador, ni el defensor, ni el guardador de hecho pueden, en la generalidad de los casos, ser sustitutos de la voluntad de la persona con discapacidad.

En cuarto lugar, la guarda de hecho en el texto proyectado se conforma como un verdadero apoyo informal que puede ser suficiente en buena parte de las situaciones. Además, la figura se normativiza en el doble sentido de reconocerla como apoyo habitual y como figura sometida a reglas, además, en contra de lo que sucede en el Código civil vigente, deja de ser una figura provisional.

En quinto lugar, las medidas judiciales son la curatela y el defensor judicial, la primera para los apoyos permanentes, y la segunda para los puntuales.

La curatela es la figura de apoyo a la que la nueva Ley dedica más preceptos lo que no significa que sea la más importante, ni siquiera la central o preferente, ya que cualquier mecanismo de apoyo ideado por la persona con discapacidad que crea precisarlo, o para cuando lo precise, así como el guardador de hecho cuando cumpla de modo suficiente con las necesidades de apoyo, tienen preferencia sobre la curatela. Su mayor densidad normativa no obedece, pues, a su prioridad, sino a que, como figura formal supletoria, precisa de más reglas legales preestablecidas que las figuras voluntarias o informales.

La particularidad más importante de la nueva curatela es su carácter flexible. Como regla general la curatela será asistencial, la intensidad de la asistencia dependerá igualmente de las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad en controversia, por lo que no se ha considerado necesario prever una figura distinta para los casos en los que el apoyo

⁶³ GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales” en *Blog Hay Derecho* <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>

preciso sea de poca intensidad. Por lo que se sobreentiende que excepcionalmente la curatela será representativa y todavía más excepcional será el caso en el que la representación sea plena, supuesto en el que la representación no puede ser sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que el representante curador ha de actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada. Y solo cuando esto sea absolutamente imposible se reconocerá que existe un resquicio para la representación.

Además de todo lo señalado, con respecto al resto de adaptaciones del Código Civil las normas afectadas por la nueva ley van desde algunas relativas al Derecho internacional privado, la nacionalidad, ciertas reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad. También se modifican algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precise medidas de apoyo y algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos.

Por otro lado, la consideración de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces supondrá el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Se modifican también dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada de ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo.

También se reforman los artículos 4, 5 y 234 del Código de Comercio para adaptarlos a la nueva regulación del Código Civil.

4.2.2. Nuevas vías de actuación. Posibles apoyos

La nueva Ley parte de que la capacidad es inherente a la condición de la persona humana y que por ello no puede modificarse. El procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con

discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

El término “apoyo” engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas. En situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo, éste podrá concretarse en la representación en la toma de decisiones.

De las medidas de apoyo podrá beneficiarse cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Y es que además la nueva regulación trata de atender no solo asuntos de naturaleza patrimonial sino también aspectos personales, como los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de la vida ordinaria.

La nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, es decir, tomadas por la propia persona con discapacidad. Dentro de ellas adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autoguardatela. Se refuerza además la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una institución jurídica de apoyo y deja de ser una situación provisional cuando resulta adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. Cuando se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, previo examen de las circunstancias.

Como ya hemos adelantado anteriormente, la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, que será primordialmente de naturaleza asistencial; sólo excepcionalmente podrán atribuirse al curador funciones representativas.

Se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, que la nueva ley considera figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad.

El nuevo texto recoge también la figura del defensor judicial, prevista para situaciones en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

La Ley establece además que todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales de hasta seis, y en todo caso ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación.

4.2.3. Reforma de la Legislación Procesal

En materia procesal, la nueva ley sustituye los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad. En la LEC, más allá de las necesarias revisiones terminológicas, se han introducido ajustes en el ejercicio de las acciones de determinación o impugnación de la filiación, en los procedimientos de separación y divorcio y en el procedimiento para la división de la herencia.

En ella, se regulan adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Permittedose que la persona con discapacidad, si lo desea y a su costa, se valga de un profesional experto que a modo de **facilitador** realice tareas de adaptación y ajuste.

Se establece que en los supuestos en los que sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en dicho Capítulo. En caso de inexistencia de oposición, la provisión judicial de apoyos se regirá por lo dispuesto en la legislación de jurisdicción voluntaria.

La reforma opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, facilitando que el interesado pueda expresar sus preferencias e intervenir activamente, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio.

Se permitirá ahora también la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad y, por otro lado, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera de los legitimados que no

sea promotor del procedimiento o de cualquiera con interés legítimo, evitando así situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona con discapacidad.

En del artículo 758 por su parte se establece que, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los Registros públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, para respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando aquélla no comparezca en el plazo concedido para contestar a la demanda con su propia defensa y representación.

Respecto a la prueba en este tipo de procesos, se introduce la posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente la propia persona interesada y aquellas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que ella prefiera mantener reservados.

Menciona la nueva norma que el proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso⁶⁴.

4.3. Entrada en vigor

La Ley 8/2021, de 2 de junio, entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La disposición adicional primera del texto prevé que, a partir de la entrada en vigor de la nueva norma, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto.

En el régimen transitorio la ley ha optado por una fórmula flexible según la cual, como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la misma desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en

⁶⁴ “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad” en *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>

cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá producir de oficio.

Así, disponte que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido dicha solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Cuestiones pendientes que no han sido reguladas.

La materia de los internamientos psiquiátricos y tratamientos ambulatorios involuntarios es especialmente compleja, ya que afecta no solo al derecho sino también a la medicina. En su tratamiento, incluso si se aborda exclusivamente dentro de los límites del derecho, están implicadas diversas disciplinas como el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho penal y el derecho procesal, entre otras. Tanto los internamientos como los tratamientos ambulatorios involuntarios implican, como requisito previo, que la persona a la que se apliquen sufra un trastorno psíquico y mientras que lo que puede considerarse como comportamiento “normal” varía según cada cultura, los trastornos mentales suelen tratarse de una manera uniforme identificándose de esa manera los trastornos como la demencia, la psicosis, la depresión o el trastorno obsesivo-compulsivo en todas las épocas y lugares ⁶⁵.

⁶⁵ VICO FERNÁNDEZ, G. (2015). Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico. Tesis Doctoral. Barcelona: Universitat del Barcelona.

5.1. Internamientos

El artículo 17 de nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella si no es con la observancia de lo establecido en ese mismo precepto y en los casos y en la forma previstos en la ley. De conformidad con lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución, los derechos fundamentales, y en este caso la libertad, deben interpretarse de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales vigentes en España por virtud de lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución.

A tenor del artículo 17.1 de la Constitución, una persona solo puede ser privada de su libertad en los casos y en la forma previstos en la ley. La norma se refiere al derecho a la libertad y seguridad, en términos generales; por lo tanto, ningún tipo de privación de libertad, y el internamiento es uno de ellos, se encuentra excluido de la obligación de que se realice con las debidas garantías y en los supuestos legalmente establecidos. Dentro de los límites en el ejercicio de los derechos, debe tenerse en cuenta el Principio de Proporcionalidad, que, si bien no viene mencionado de forma expresa en la Constitución, exige el cumplimiento de tres requisitos:

- A. Idoneidad o adecuación al fin perseguido por la actuación que limite el derecho.
- B. Necesidad de la medida, porque no pueda ser suplida por otra igualmente eficaz.
- C. . Proporcionalidad, en sentido estricto, que alude a una relación equilibrada entre los bienes en conflicto.

Nuestro Tribunal Constitucional se ocupó del tema relativo a las garantías que habrían de cobijar el internamiento en centro psiquiátrico de personas incapaces, en una sentencia dictada por su Pleno, de 5 de Julio de 1999, estableciendo que el internamiento en un centro psiquiátrico solo será conforme con la Constitución y con el Convenio si se dan las siguientes condiciones, sentadas en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) y reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti):

1. Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la Autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real.
2. Que esta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.
3. Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000, dentro del Capítulo relativo a los procesos sobre la capacidad de las personas, se ocupa en el artículo 763 del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, estableciendo que:

El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometido a la patria potestad o la tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

Las causas más frecuentes de este tipo de internamientos son las relacionadas con los brotes psicóticos, cuadros maníacos, descompensaciones psicóticas ante abandonos de tratamientos, trastornos delirantes y los trastornos depresivos mayores lo que provoca que las personas que precisarían de atención continuada cuenten con la única medida disponible basada en el ingreso involuntario cuando existe una pérdida de calidad de vida alarmante, o bien se produce una situación de riesgo evidente para su propia integridad o la de terceras personas⁶⁶.

El artículo 763 de la LEC contempla dos supuestos de internamiento: el Ordinario y el de Urgencia.

5.1.1 Procedimiento Ordinario de internamiento

⁶⁶ LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N. “El tratamiento ambulatorio”, cit., p.405

El procedimiento ordinario será aplicable en supuestos donde el internamiento no es de urgencia y recapitulando analizaremos los aspectos más relevantes del artículo 763 de la LEC⁶⁷.

- El Juez competente para la autorización es el de Primera Instancia de la residencia de la persona que va a ser objeto de dicha medida; en caso de haber varios, el que se halle en servicio de guardia.
- Las personas que puedan solicitarlo son aquellas a las que puedan interesar la incapacidad de dicho sujeto, esto es, los familiares más íntimamente vinculados con el mismo, o aquellos que ejercen ya su tutela; en todo caso, el Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de la existencia de una persona que precise el acceder a dicha medida, y por último, aquellas terceras personas ajenas, que de algún modo les pueda afectar el hecho de que se encuentre un incapaz sin adopción de medida alguna sobre el mismo, y suponga un riesgo para los intereses de terceros.
- El examen judicial y médico: El Juez se trasladará al Centro de internamiento, donde levantará un acta sucinta, determinando las condiciones en que se halla la persona ingresada; asimismo es preciso la visita de un médico, habitualmente lo es el Médico Forense, quien informará en torno a la posible enfermedad que presenta, la data de la misma y concluyendo con su criterio de si ha de prevalecer o no el internamiento en el Centro donde se halla la persona examinada.
- Audiencia del incapaz: Importancia capital en la nueva regulación, es la audiencia tanto de familiares del enfermo, como de la propia persona afectada por la medida. Esta audiencia del incapaz habrá de hacerse, por supuesto, una vez pasados los primeros momentos del brote que llevó a su internamiento, pero es significativo que, en el proceso, él mismo puede oponerse a su internamiento, e incluso proponer pruebas que puedan llevar a dictar resolución modificando la medida.
- Autorización: Una vez practicados esos trámites, se oirá al Ministerio Fiscal, y el Juez dictará resolución acordando o no el internamiento.

⁶⁷ GUTIÉRREZ LUNA, M. (2020). “Internamiento involuntario de incapaces”. En *Circunvalación del Hipocampo*.

5.1.2 Procedimiento de Urgencia

Se aplicará este procedimiento, más abreviado que el anterior, cuando existan razones de urgencia que hagan aconsejable a criterio médico el internamiento, dando cuenta al Juez. Está reservado para personas que no pueden esperar la resolución judicial de la medida de internamiento, ya por el peligro social que en ese momento puede presentar su actitud derivada de la enfermedad que le esté afectando.

- Una vez llevado al Centro donde deba ser internado, deberá ser el facultativo que se halle de guardia, quien deba evaluar su internamiento.
- De inmediato, y dentro de las 24 horas siguientes, dará cuenta al Juez de guardia del lugar donde se halle el Centro de internamiento. Debe hacerse esta comunicación de la manera más ágil posible. Hoy se admite, además del fax, el correo electrónico, cualquier forma con tal de que se tenga conocimiento por parte del Juez de esa medida, que supone privación de libertad.
- Audiencia por parte del Juez de la persona ingresada, así como reconocimiento por parte del médico forense y tras oír al Ministerio Fiscal, resolverá el Juez en torno a la ratificación de la medida de internamiento. Todo ello, habrá de realizarse en un plazo que no supere las 72 horas, plazo éste por analogía del artículo 17 de la Constitución Española, que es el plazo máximo de detención de una persona.
- En caso de ratificarse la medida, el Juez lo comunicará al Ministerio Fiscal, a fin de que inste el procedimiento civil de incapacidad.
- Control judicial y cambio de centros: El párrafo 4º del artículo 763 que examinamos, establece la obligación de los facultativos que atiendan a la persona de informar periódicamente al Juez en torno al mantenimiento de la medida, sin perjuicio de otros que pueda acordar; en todo caso, lo serán cada 6 meses, salvo que se fije un periodo más corto. Ocurre en la práctica que suele darse el traslado de centro de la persona ingresada, por necesidades de una mejor asistencia. En tal supuesto, no cesa la

competencia del Juez que inicialmente dio la autorización, siendo el competente para proseguir las incidencias del enfermo.

El procedimiento finaliza cuando por parte de los facultativos que atienden al enfermo consideran que ya no es preciso su mantenimiento. Se comunicará al Juez, quien procederá a la finalización de la medida.

La experiencia profesional revela, que son habituales los casos en los que una persona ingresa 6 o 7 veces al año, con carácter urgente y de manera involuntaria en la Unidad de Agudos de los Centros hospitalarios, sin la certeza de que dicha persona vaya a seguir ningún tratamiento socio-sanitario en los periodos en los que resida en su domicilio.

5.2. Tratamiento Ambulatorio involuntario

El tratamiento ambulatorio involuntario es una forma de tratamiento de carácter psiquiátrico, que se impone de manera coactiva y cuya finalidad principal es asegurar el cumplimiento del tratamiento terapéutico en aquellas personas que padecen una enfermedad mental grave, y para las cuales, el abandono de dicho tratamiento supone una posibilidad elevada de recaída, que conllevaría hospitalizaciones, urgencias repetitivas y frecuentes, así como actitudes auto o heteroagresivas.

La imposición del tratamiento para personas con enfermedades mentales graves pretende mejorar la adherencia al tratamiento, y evitar en la medida de lo posible cualquier tipo de deterioro en las personas, ya que existen muchas personas que padecen problemas relaciones con abuso de tóxicos y no toman la medicación de forma correcta, lo que conllevaría un empeoramiento de la enfermedad a la vez que la manifestación de conductas agresivas o violentas.

La adopción de dicha medida encuentra su justificación en varios aspectos relevantes ya que constituye una vía intermedia entre la posibilidad de incapacitar a una persona y el internamiento judicial, lo cual evitaría que se produjeran ingresos cortos y continuos que saturaran los servicios hospitalarios. Además, se constituye como una herramienta

terapéutica para lograr la mejoría del paciente en el seguimiento de la terapia y de la medicación prescrita, que se ajusta a la situación concreta en la que se encuentra la persona enferma, ante la posible negativa de muchos pacientes de asumir la pauta farmacológica prescrita, dado que no suelen tener una conciencia plena de la enfermedad por lo que se trata de un sistema que asegure el seguimiento del tratamiento médico si no existe cooperación por parte del paciente, o se procede a su ingreso involuntario pero sin obviar el fin último, la integración del enfermo, acudiendo al tratamiento ambulatorio involuntario ⁶⁸.

El tratamiento ambulatorio involuntario, de en adelante TAI, también trata de evitar el peligro potencial que supone para los pacientes y para el resto de las personas que tengan a su alrededor por la posibilidad de que adopte conductas agresivas o de riesgo.

Por último, se justifica el tratamiento dado que tiene como objetivo facilitar la adopción y el mantenimiento de un tratamiento adecuado, que permita aumentar la conciencia sobre la enfermedad y la adhesión de forma libre a la realización de dicho tratamiento. Además, este tratamiento es mucho menos restrictivo y agresivo que la posible incapacitación civil o la realización de varios ingresos involuntarios de forma repetitiva. El mantenimiento de cualquier persona en su entorno debe de ser la premisa con la que trabajar en todas las materias que regulen derechos relacionados con la capacidad o libertad de las personas con discapacidad ⁶⁹.

Actualmente, en nuestra legislación y para las personas que ven gravemente alterada su vida por una enfermedad y que no tienen conciencia de ello, únicamente existe la posibilidad de que sean internadas y, si no, de ser declaradas incapaces civiles. Muchas familias intentan incapacitar a su hijo con la esperanza de que se le pueda imponer una medicación ⁷⁰.

⁶⁸ LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N. (2007). “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en AA.VV.: Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos, (coord. por L. Pérez Cayo), Ediciones Cinca, 2007, p. 409.

⁶⁹ GONZÁLEZ CASAS, D. (2019). *Discapacidad, capacidad y derechos fundamentales en España: El ejemplo del Tratamiento Ambulatorio Involuntario*. En “Rev. Boliv. de Derecho”. N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 50-79

⁷⁰ “Situación en España del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para enfermos mentales graves”. En *Fear.org*.

En España, con una propuesta de modificación legal y en noviembre del 2006 con la presentación de un Proyecto de Ley, se inicia un interesante debate en nuestro país acerca de la regulación y funcionamiento de los TAI.

En octubre de 2004, el grupo parlamentario de Convergència i Unió (CiU), recogiendo la iniciativa de numerosos familiares de pacientes (FEAFES), presentó en el Congreso de los Diputados una proposición para modificar el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y permitir así la posibilidad de obligar legalmente a un determinado tipo de pacientes a recibir tratamiento ambulatoriamente. El Pleno del Congreso aceptó tomar en consideración la introducción de un quinto punto en ese artículo, con la siguiente redacción:

Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable de éste, que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y su seguimiento, así como la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento. El plazo máximo para la duración de la medida será de 18 meses.

Lo que se pretendía con esta reforma era regular los tratamientos considerados no voluntarios para las personas que padecieran algún tipo de enfermedad o trastorno psíquico estableciendo como obligación legal recibir el tratamiento ambulatorio prescrito, como alternativa a la adopción de medidas más radicales como la incapacitación civil o a un ingreso hospitalario, la FEAFES quería que los facultativos otorgados de cobertura legal, pudieran administrar el tratamiento pese a que el paciente se negara por la inexistencia de concienciación del padecimiento de la enfermedad o por la negativa a seguir el tratamiento. La FEAFES reclamaba la regulación del TAI en el ordenamiento jurídico español, estableciendo mecanismos individualizados, que valoren de forma única y personal las vicisitudes intrínsecas de cada paciente, con el objetivo de alcanzar los fines terapéuticos dispuestos. En este punto, debemos de entender que el TAI se contempla como una medida rehabilitadora desde el punto de vista sanitario y social, y nunca como un acto represivo.

A lo planteado por la FEAFES, la Sociedad Española de Psiquiatría y la Sociedad Española de Psiquiatría Legal se posicionaron a favor de la iniciativa legislativa, sin embargo, se opuso al cambio legislativo la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), considerando que suponía “una innecesaria e inútil amenaza a los derechos de las personas con trastornos mentales”⁷¹, destacando que aportaba más inconvenientes que beneficios, pudiendo afectar a los Derechos Humanos de los enfermos mentales así como las que afectan a la desresponsabilización de los profesionales de la salud y defendiendo la necesidad de añadir programas de seguimiento intensivo comunitario, desarrollando la Ley General de Sanidad. Además, en ese momento, se comprometen a elaborar una guía de recomendaciones para profesionales y sugerencias a la Administración sobre los instrumentos asistenciales necesarios para su puesta en marcha⁷². Finalmente, resultado de la falta de consenso, la propuesta legislativa no se llegó a aprobar.

El 27 de octubre de 2006 surgió otra propuesta legislativa presentada por el Gobierno, donde introducía un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se incluían diferentes preceptos en el capítulo IX sobre ‘*Autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos*’. Este nuevo proyecto establecía la posibilidad de acudir directamente al juzgado sin una propuesta por parte de un especialista, sin embargo, la regulación del tratamiento involuntario es sorpresivamente retirada cuando se iniciaba el trámite en el Senado por lo que tampoco entró en vigor y fue suprimido.

El proyecto de ley, también duramente criticado por la Asociación Española de Neuropsiquiatría, como hemos mencionado, no llegó a aprobarse, pero definía los siguientes preceptos:

Artículo 84. Ámbito de aplicación.

⁷¹ “Comunicado aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría ante el nuevo proyecto de regulación del tratamiento ambulatorio”. En *AEN (13 de noviembre de 2006)*.

<https://aen.es/2006-noviembre/>

⁷² PORTERO, G. (2010). *Tratamiento ambulatorio involuntario de carácter civil. Una revisión*: Málaga. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062010000100010

Se aplicarán las disposiciones del presente capítulo a los supuestos en los que sea necesario autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, ante la falta de capacidad de decisión del paciente y cuando así lo requiera la salud del enfermo.

Artículo 85. Legitimación.

1. Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.

2. Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido.

Artículo 86. Solicitud y procedimiento.

1. La solicitud de autorización de tratamiento no voluntario para el enfermo psíquico se realizará mediante propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del mismo.

2. Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el Secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia al solicitante, al paciente, así como al Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones, el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual. Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad del tratamiento.

Artículo 87. Resolución.

1. *En la resolución que se dicte mediante auto motivado, deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente, suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.*
2. *Asimismo, se establecerán los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas. El Tribunal podrá acordar que los informes periódicos sean remitidos en plazos inferiores, atendida la naturaleza del trastorno psíquico.*
3. *En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez.*
4. *En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al Tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del internamiento o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.*

En los últimos tiempos, la opinión de FEAFES con respecto a las modificaciones legislativas sobre el tema en cuestión ha tomado un rumbo diferente y es que, actualmente renuncian a cualquier modificación del marco normativo estatal específico para regular el TAI y para fundamentar ese cambio se acogen a tres herramientas legales que apuntan hacia el derecho del paciente y a la obligación de las Administraciones Públicas de proporcionar al enfermo mental una atención integral y multidisciplinar, instrumentos legales mucho más explícitos que apoyan esa perspectiva y que antes no existían como son la *Estrategia en salud mental del Sistema Nacional de Salud aprobada por unanimidad por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en diciembre de 2006, el Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre mediante el que se aprueba la Cartera de Servicios en Salud Mental y la ratificación por España en 2008 de la*

Convención Internacional sobre Derechos Humanos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

5.2.1 Régimen jurídico del Tratamiento Ambulatorio Involuntario

El tratamiento ambulatorio involuntario no aparece regulado de forma expresa en nuestra legislación civil, aunque como ya hemos mencionado, han existido dos proyectos de regulación del mismo.

Con base en el origen de la introducción del tratamiento ambulatorio involuntario en la legislación española nace como una medida de carácter independiente y exclusiva que no necesita del procedimiento de incapacitación y que dada su escasa regulación se fundamenta en diferentes preceptos como el artículo 216.2º del Código Civil, el cual permite la adopción de medidas por parte del Juez de oficio o a instancia por cualquier interesado, previstas en el artículo 158 del mismo, para todos aquellos supuestos en los que haya una persona incapaz y siempre acorde a los intereses de ellos.

Hay que tener en cuenta la regulación que sobre la materia contiene el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de octubre de 1999, conocido como Convenio de Oviedo, al ser aprobado en esta ciudad, el cual determinó que cuando una persona considerada mayor de edad no tuviera la capacidad necesaria por causa de un trastorno mental, enfermedad o situación similar para otorgar consentimiento para una intervención deberá obtenerse autorización por parte de su representante, institución o autoridad que se designe por ley, siempre participando la persona afectada en la medida de lo posible en el procedimiento. Asimismo, hay que considerar las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales.

Encontramos también regulación jurídica del tratamiento ambulatorio involuntario en la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente e Información Clínica de 14 de noviembre, más concretamente en su artículo 2 donde establece que toda actuación general requiere de un

previo consentimiento por parte del paciente, obtenido tras haber sido informado adecuadamente, el paciente podrá elegir entre las diferentes opciones clínicas que se le planteen. Además, el artículo 9 señala que los facultativos podrán llevar a cabo actuaciones médicas sin que medie consentimiento por el paciente si se dan una serie de casos concretos, como por ejemplo cuando exista grave riesgo de salud pública por causa de razones sanitarias, o cuando exista riesgo para la integridad tanto física como psíquica de la persona enferma y no se pudiera conseguir su autorización previa consulta a los familiares, o personas que estén vinculadas a ella.

El tratamiento ambulatorio involuntario supone para el paciente una medida mucho menos gravosa que el ingreso involuntario en todos los aspectos de su vida, de la misma forma que lo es también para el ámbito sanitario, teniendo en cuenta el menor coste tanto médico como social.

El Código Penal también recoge la institución del tratamiento ambulatorio involuntario como posible opción menos gravosa para la persona al internamiento, en sus artículos 96.2. 11º, 100.1º, 101.1º, 104.2º y en la Disposición Adicional Primera.

El tratamiento ambulatorio involuntario también precisa de un seguimiento y un control en el que deben intervenir en estrecha colaboración el Juzgado que lo ordena, el personal sanitario que prescribe el tratamiento y el personal que debe proporcionar el tratamiento⁷³.

Jurisprudencia y Doctrina

El tratamiento ambulatorio involuntario ha tenido su reflejo jurisprudencial tanto en sentencias del Tribunal Constitucional como en sentencias de la Audiencia Provincial.

La sentencia más relevante del Tribunal Constitucional fue la 120/90, que trataba de definir de forma uniforme las condiciones y requisitos que debían de respetarse para poder acordar el sometimiento al tratamiento ambulatorio involuntario. Proclamaba el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución

⁷³ LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N. (2007): "El tratamiento ambulatorio involuntario". En Terreros, José Luis (coord.): Los derechos de las personas con discapacidad, volumen I. Aspectos jurídicos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 397-399.

Española, para proteger la inviolabilidad de la persona, tanto contra los ataques que pueda recibir para lesionar su cuerpo o espíritu, como también contra toda aquella intervención en los bienes que carezca de autorización o consentimiento por parte del titular. Por tanto, se entendió que dicho derecho quedaba afectado cuando se imponía a una persona la asistencia médica en contra de su voluntad, ya que supondría una limitación del derecho fundamental, a no ser que hubiera una justificación constitucional.

Se precisaba que hubiera justificación constitucional cuando la medida resulta necesaria para conseguir el fin que se pretende, es decir, alcanzar el fin de sanar a la persona, encontrando el reflejo constitucional de este precepto en el artículo 43 de la Constitución Española, donde se establece la obligación del Estado de garantizar la protección efectiva de la salud. Además, la aplicación de la medida debe ser proporcional, entre el derecho y la situación en la que se encuentra aquel al que ha de imponérsele, y, por último, se debe respetar el contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona.

En el ámbito de la Audiencia Provincial, existen varias sentencias dictadas en el campo de los procesos de incapacitación, y que dan por supuesto el tratamiento ambulatorio involuntario. Se tratan de personas demandadas que padecen algún tipo de patología psicótica con pronóstico favorable, pero que sufren crisis o descompensaciones a causa de la falta de conciencia que tienen sobre la enfermedad y que conlleva el abandono de la medicación en ciertos periodos de tiempo. En estos casos, se decreta una incapacitación de forma parcial del demandado limitado simplemente a cumplir el objeto de que la persona afectada quede sometido a tratamiento médico o farmacológico prescrito.

Se destacan sentencias como:

- Sentencia de 16 de octubre de 2003 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia.
- Sentencias de 17 de febrero de 2004 y de 25 de noviembre de 2003 de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona.
- Sentencia de 27 de abril de 2003 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia.

-Sentencias de Juzgados especializados en materia de Incapacidades (Valencia y Guipúzcoa) de la Audiencia.

Pero, la sentencia más relevante y destacada fue la dictada en la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche en fecha 25 de Julio de 2014, donde se precisaba, entre otras cosas, que:

El tratamiento ambulatorio involuntario supone una medida que produce menos intervención en el campo de los derechos fundamentales y libertades de la persona afectada por la patología, que la medida de internamiento forzoso, declarada por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que todavía no se ha llegado a declarar inconstitucional. Ambas medidas, afectan tanto a la integridad física proclamada en el artículo 15 de la Constitución Española, como a la libertad personal de la persona, dispuesta en el artículo 17 de la misma, ya que de la adopción de una u otra medida resulta evidente la restricción o privación de dichos derechos, orientando la imposición a procurar el tratamiento de la persona como consecuencia del sufrimiento de un trastorno psíquico, que no puede decidir por ella misma.

Esto supone decir, que en el caso de que se autorizara el internamiento de una persona en contra de su voluntad, la finalidad no es meramente punitiva, es decir, no supone castigar a la persona por haber cometido un ilícito, ni tampoco tiene carácter de precaución para evitar que lo cometa, si no que la finalidad última de llevar a cabo un régimen de internamiento es esencialmente terapéutica. Se trata de suplir la voluntad de la persona que no la posea en ese momento, de forma transitoria o con carácter permanente, como consecuencia de una afectación en u facultades intelectuales y volitivas. Por tanto, si el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habilita para llevar a cabo un proceso de internamiento, que permite una restricción tanto de la libertad como de la integridad física, podría adoptarse medidas que sean de menor intensidad y afectación a los derechos fundamentales, como es el caso del tratamiento ambulatorio involuntario.

La sentencia destaca también que la decisión que tome el Juez de Primera Instancia debe tener tratamiento legal, ya que el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, respecto de las aplicaciones de la

Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de Abril de 1997, establece como regla general, que una intervención en el campo sanitario solo podrá efectuarse siempre y cuando la persona haya otorgado su consentimiento libre e informado, habiendo recibido una información adecuada acerca tanto de la finalidad como de la naturaleza de la intervención, así como también los riesgos y consecuencias derivadas de la misma. En cualquier momento posterior al otorgamiento del consentimiento, la persona podrá retirarlo libremente. Sin embargo, dicho convenio también expresa los supuestos de limitación y pérdida de la capacidad de obrar en su artículo 6.3º estableciendo que, cuando una persona mayor de edad no ostentara capacidad, como consecuencia de un trastorno mental, enfermedad o motivo análogo, el consentimiento se deberá prestar a través de su representante legal, autoridad, o persona designada previamente por ley, sin perjuicio de que la persona que padece la afectación pueda intervenir, en la medida de lo posible, en dicho procedimiento de autorización.

También se regula, por último, la posibilidad de adoptar una intervención sanitaria en contra de la voluntad de la persona enferma, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 7 del Convenio, por tanto, podrá someterse a la persona a una intervención para tratar el trastorno, cuando la ausencia de este conlleve un grave riesgo para la salud.

Se publicó en el Boletín Oficial del Estado dicho Convenio, con fecha 20 de octubre de 1999, y posteriormente fue incorporado al ordenamiento interno en el artículo 96.1 de la Constitución Española, entrando en vigor el día 1 de enero de 2000.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante resolvió el recurso basándose en diferentes razones, la primera destacó que aun existiendo una base legal y normativa para llevar a cabo la adopción de la medida autorizada, los derechos fundamentales no son ilimitados, y que pueden ser objeto de restricción legal. En cuanto al caso concreto objeto del recurso, la Audiencia Provincial señaló que *“tras la prueba practicada se desprende que el recurrente padece un trastorno por ideas delirantes, cuestión que ratifica posteriormente el forense manteniendo el mismo diagnóstico, destacando que el paciente no tiene conciencia de la enfermedad y además se opone a recibir tratamiento. Por tanto, todos estos documentos y periciales practicados confirman que las alegaciones que se hacen sobre una especie de conjura entre médicos, policías y otras personas para tratar*

de anular mentalmente al apelante, carecerían de todo tipo de credibilidad y no benefician en absoluto la posición del recurrente, si no que más bien lo que hace es corregir el diagnóstico, que se basa en la existencia de una ideación delirante de perjuicio”. Y concluye la resolución determinando que “concurren todos los presupuestos que habilitan a la adopción de la medida, concretados en el artículo 7 del Convenio de Oviedo de 1997, ya que existe una gravedad manifiesta del trastorno mental, y hay riesgo de que la ausencia de someter a tratamiento a la persona pueda resultar perjudicial para la salud del mismo. En este caso concreto, si no se autorizara el tratamiento de forma forzosa, podría el recurrente llegar a negarse a seguirlo y cometer algún acto de forma libre o consciente que pueda afectar a su salud. Por tanto, la decisión adoptada en la resolución resulta tanto adecuada como proporcionada a la situación de la persona, ya que se establece la adopción de la medida teniendo en cuenta el interés del afectado y en su beneficio, habida cuenta de que no es consciente de la enfermedad que padece. Sin embargo, se dispone también en la resolución la introducción de un control jurisdiccional del tratamiento cada seis meses, y estableciendo que la medida deberá ser levantada a partir del momento en que no concurren los requisitos previstos en el artículo 7 del Convenio, es decir, si el paciente dejara de padecer dicho trastorno, o si deja de ser grave el que padece, o si dejar de suministrar el tratamiento no supone un riesgo grave para su salud”.

5.2.2. Asistencia psiquiátrica. “Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario” Audiencia Provincial de Alicante.

En este punto cabe destacar la necesidad de que las personas que padezcan una enfermedad mental cuenten con la asistencia sanitaria requerida y dispongan de los centros de salud para que los familiares de los afectados puedan tener todo tipo de recursos tanto materiales como humanos para atenderles cuando sea preciso. Para ello, se trata de imponer un Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario, para que aquellas personas que tienen una enfermedad mental puedan mejorar de forma significativa siendo correctamente atendidas en el ámbito socio sanitario.

Se podrá recurrir a la intervención judicial, cuando esté indicado un tratamiento ambulatorio involuntario y además el consentimiento de la persona sea ineficaz por carecer de capacidad para otorgarlo, pero teniendo en cuenta que el tratamiento sanitario debe ser integral, buscando siempre favorecer a la mejora del enfermo y el beneficio propio del mismo, así como su adaptación social y familiar.

Además, el Protocolo debe completarse con la asistencia por parte de una administración sanitaria, a través de una cobertura sanitaria, ya que debe proporcionarse a los familiares del enfermo todos los recursos tanto materiales como humanos, para atenderlo cuando fuera preciso.

En el desarrollo del Protocolo deben incluirse algunos aspectos relativos a todos los aspectos asistenciales, como el objetivo, finalidad, intervención judicial, y la especialización de los diferentes órganos judiciales.

El objetivo del Protocolo se concreta en coordinar todas aquellas actuaciones referidas al ámbito sanitario y al judicial, de supuestos que ya se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la finalidad, trata de contribuir tanto al desarrollo como a la coordinación de cuestiones sanitarias y asistenciales, con el objetivo de controlar aquellas situaciones que se dan en la evolución de los diferentes trastornos mentales.

La intervención judicial tiene como fin garantizar el respeto y la protección de los derechos que ostentan las personas que padecen las enfermedades mentales, y promover su autonomía personal, en todos aquellos casos en los que la capacidad para otorgar consentimiento pueda verse mermada por la presencia de la enfermedad. Se constituye como una intervención necesaria y suficiente para salvaguardar la responsabilidad de familiares y médicos, y para no alterar la alianza de carácter terapéutico que une a médico y paciente.

Por último, el Protocolo establece la necesidad de que los órganos judiciales estén especializados, y más en concreto, se solicita la especialización del Juez de Primera Instancia, mediante la creación posterior de un Juzgado exclusivo de Internamientos e Incapacidades, la intervención de un médico forense específico que ostenta

conocimientos psiquiátricos, y un especialista con dedicación única a dicho ámbito dentro de un “Programa de Hospitalización a domicilio”.

La esterilización de las personas incapacitadas

La esterilización forzosa es “todo tipo de esterilización que se haga, ya sea permanente o temporal, sin información y sin consentimiento”, así es como la define la presidenta de la Confederación Española de Personas con discapacidad Física y Orgánica (Cocemfe) en Aragón y Secretaria de Áreas de Cocemfe nacional y presidenta electa de Fundación CERMI Mujeres, Marta Valencia Betrán.

La esterilización forzosa es contraria a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconoce el derecho a que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que las demás”. Además, el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, en vigor en nuestro país desde el 2014, en su artículo 39 tipifica las esterilizaciones forzosas como delito.

Sin embargo, en España, se ha seguido realizando esta práctica que además tiene respaldo por gran parte de la sociedad, no pudiéndose saber por ello realmente hasta qué punto se han estado llevando a cabo sin que las mujeres sean conscientes de que las han esterilizado o que están en ese proceso, considerándose por este motivo un tipo de violencia reproductiva al que la sociedad no ha querido mirar de frente.

6.1. Ley de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

El Código Penal se modifica por la publicación de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, con entrada en vigor para el día 18 de diciembre de 2020 y con ello, se adapta a lo establecido en el artículo 23 de la Convención, el cual establece el derecho a formar una familia y el resto de artículos específicos sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación a la formación de una familia, un hogar, ser padres y madres y las relaciones personales de los mismos, suprimiendo el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal que permitía la esterilización forzosa o no consentida a tenor de lo siguiente:

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Además, queda derogada la DA 1ª de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Disposición adicional primera. Autorización judicial de esterilización.

La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

Para los procedimientos que con arreglo a lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, estuvieran en trámite o tramitados, pero no ejecutados a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica quedarán sin efecto, recuperando la persona objeto de estos la plena libertad de decisión respecto de someterse o no al tratamiento médico.

Por último, en la DF3^a se prevé que el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la 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, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con el objetivo de reforzar que las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre e informada, y para reforzar la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad.

Medidas alternativas y complementarias

Actualmente la protección patrimonial de las personas con discapacidad es un instrumento jurídico de interés para aquellas personas que padecen una discapacidad física o sensorial grave, para menores, personas de avanzada edad que comprueban una merma progresiva de sus facultades intelectivas, y quieran prever lo necesario para la administración futura de sus bienes, o para los padres de las personas que sufran una discapacidad intelectual, que pretendan garantizar el bienestar económico de sus hijos articulando mecanismos que garanticen el destino de los bienes que ponen a su disposición.

El punto de partida de la protección de la persona viene definido por la autonomía de la persona con discapacidad en la esfera patrimonial, ya que de poca utilidad sería proclamar el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona con discapacidad si carece de medios y de recursos materiales para respaldar dicha autonomía. La esfera patrimonial, por tanto, se establece como un ámbito relevante para conseguir el goce pleno de los derechos fundamentales y libertades de las personas que sufren una discapacidad y el respeto a la dignidad inherente a cada una de ellas.

Institucionalmente, desde la Fundación Aequitas se ha trabajado por la mejora del marco normativo que regula la situación jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad promoviendo las reformas legislativas necesarias para que la declaración de incapacidad y la sustitución en la toma de decisiones tengan carácter subsidiario, adquiriendo protagonismo otras instituciones que no suplen, sino que acompañan a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos⁷⁴. Sin embargo, para remar a corriente de la Convención, los instrumentos jurídicos y judiciales actualmente existentes han sido interpretados y adaptados, es decir, “ajustados razonablemente” de modo que permitan cumplir, en el modo más elevado posible, los principios de la Convención haciendo uso de las diferentes figuras e instituciones que nuestra legislación regula, tratando de garantizar la asistencia económica y personal en el caso de padecer alguna enfermedad que limite la capacidad de actuación alternativas a la declaración de incapacidad.

Es por ello, que la reforma del Proyecto al establecer un sistema de protección integral basado en el apoyo y la asistencia pese a no regular estas figuras da preferencia y promueve que sea la propia persona quien, en previsión de una futura necesidad de apoyo, designe a la persona que deba prestárselo y el sistema de actuación de esta respecto a su persona y bienes. En este ámbito de prevención hay que destacar la introducción de la autoguarda de la que ya hemos hablado, y el mayor ámbito de uso de los mandatos y poderes preventivos con efectos subsistentes, y la intervención notarial donde esta vuelve a ser pieza fundamental puesto que, es en escritura pública y bajo su asesoramiento, donde se recogen y desarrollan esas medidas.

7.1. Poderes preventivos y con efectos subsistentes

⁷⁴ RAMOS MEDINA, I. (2018). “¿Cómo puede ayudar un notario a una persona con discapacidad?” en *Notarios en Red*. <https://www.notariosenred.com/2018/12/como-puede-ayudar-un-notario-a-una-persona-con-discapacidad/>

Con el objetivo de facilitar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos y libertades, de acuerdo con la autonomía personal que defiende la Convención, en España a través de la Ley 41/2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad la cual modificó los artículos 223.2 y 1732 del Código Civil trata de sustituir medidas que supongan mayor representación, por mecanismos que favorezcan un régimen de asistencia y apoyo y que les doten de protección jurídica efectiva, permitiendo de esa forma los poderes preventivos, los cuales tienen dos manifestaciones.

El poder continuado o apoderamiento continuado, es el poder que subsiste incluso en caso de incapacidad del poderdante, puesto que su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga. Por lo que el apoderado actúa estando el poderdante capacitado, y puede revocar el poder en cualquier momento; pero el poderdante anticipándose a una posible incapacidad (que automáticamente revoca el poder) decide que esta incapacidad no provoque la extinción del poder y que por tanto el apoderado pueda actuar en nombre del poderdante.

El poder preventivo o ad cautelam, es el poder que empieza a surtir efectos en caso de incapacidad del poderdante. Se trata de un documento notarial, por el que una persona (poderante) designa a otra (apoderado), para que le represente y defienda sus intereses en caso de perder la capacidad para manifestar su voluntad. Es decir, sólo en caso de incapacidad del poderdante, el apoderado podrá actuar en nombre y representación de este⁷⁵. Se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que este poder no producirá o desplegará sus efectos hasta que se produzca la pérdida de capacidad del poderante, estando, por tanto, sometido a condición.

Sin perjuicio de las dos manifestaciones previstas en la regulación legal, la definición de poderes preventivos se constituye como “aquel poder que subsiste incluso en caso de que se declare la incapacidad del poderdante, en el que el poderdante anticipándose a una

⁷⁵ ROSALES, F. (2014). “El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad” en Notario Francisco Rosales. <https://www.notariofranciscorosales.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/5>

posible incapacitación, que normalmente revocaría el poder, decide que esta incapacidad no provoque dicha extinción y, en consecuencia, que el apoderado pueda seguir actuando en su nombre”.

Para otorgar poderes preventivos es necesario el cumplimiento de diferentes requisitos previstos para esta figura. Deberá el poderdante tener capacidad en el momento en que se otorgan los poderes, para todos y cada uno de los actos para los que se pretende otorgar poder a un tercero, además la persona nombrada como apoderado deberá ostentar capacidad para ello, y deberá escogerse a la persona con cautela dado que el poderdante posteriormente no podría hacer uso de un seguimiento del cumplimiento de las instrucciones. Los poderes preventivos deben incluir también las facultades que se otorgan, es decir, si se trata de un poder especial o general, o incluso precisiones respecto de la extinción de poder, autorización para decidir sobre el destino de bienes, la posibilidad de internamiento en una residente, sometimiento a determinados tratamientos médicos, elección del lugar de residencia, etc. Por último, habrá que dejar constancia de la existencia del poder en el Registro Civil, y según la naturaleza también podrá ser objeto de inscripción en el Registro de voluntades anticipadas.

Con carácter general, el poder no se extingue con la declaración de incapacidad judicial, si no que es objeto de subsistencia, lo que a su vez evita las situaciones de indefensión y abuso en caso de que el apoderado realizara sus funciones de manera desleal, ya que el poderdante, no podría llevar a cabo la revocación del poder por haber pedido capacidad para ello, por tanto, la revocación de este le pertenecería al tutor cuando lo considere conveniente. Sin embargo, sí podría determinarse la extinción para las causas previstas en el 1732 del Código Civil, entre las que se encuentran que el poderdante aún goce de capacidad.

Los poderes preventivos sólo pueden ir encaminados a establecer facultades respecto de la gestión del patrimonio de la persona que lo otorga, ya que el poder empezaría a producir efectos en caso de que se declare la incapacidad de la persona que otorgó el poder, y

solamente en dicha situación, el apoderado podrá realizar actuaciones en nombre de él. Además, el poderdante puede precisar el término y el alcance del concepto de incapacidad, y qué se entiende por ello, y puede otorgar facultades muy amplias, relativas al ámbito personal, donde se incluyen cuestiones médicas, fijación de residencia, facultad para poder iniciar o no un procedimiento de incapacitación, así como también podrá otorgar facultades en el ámbito patrimonial.

Este tipo de medida a la incapacitación puede presentar tanto ventajas como inconvenientes, como ventaja se establece que el apoderado no está sujeto a los mismos controles a los que se sujeta el tutor, pero el inconveniente radica en que este escaso control judicial deja en manos del apoderado al poderdante, de ahí la extendida denominación “poder de ruina”, sin perjuicio de que el Notario pueda establecer mecanismos de control si se solicitan por las partes. Incluso el propio apoderado podría nombrar un sustituto. La sentencia de incapacitación tampoco provoca por sí misma la revocación de dicho poder, ya que esta circunstancia debe declararse expresamente, y cabe la coexistencia de poderes junto con un régimen tutelar.

El apoderado podrá renunciar en cualquier momento según lo previsto en el artículo 1736 del Código Civil, siempre, e incluso se podrá fijar una retribución para el apoderado sin perjuicio de que también pueda exigir, en caso de que se le hayan causado perjuicios, la indemnización correspondiente.

La nueva Ley 8/21 recoge esta posibilidad como medida voluntaria de apoyo en la reforma que realiza de los artículos 256 a 262 LEC, que denomina “De los poderes y mandatos preventivos”, que deberán ser comunicados al Registro Civil.

7.2. Intervención notarial

La intervención notarial supone un elemento esencial en la promoción y el respeto del derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica en cuanto a que colabora en la correcta aplicación de la Convención y de las medidas que se desprenden de la misma por ser la autoridad notarial la autoridad donde los ciudadanos ejercitan sus derechos de diferente naturaleza.

El Informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2017 define al Notario como autoridad, destacando la importancia del juicio de capacidad notarial y señalando en su punto 77 lo siguiente: *“En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica”*, y añade que el Notario deberá conocer todo lo relativo al reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas y sin que en ningún caso suponga dicha medida de apoyo una restricción de dicha capacidad jurídica.

En la práctica, cuando una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría dicha asistencia o apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico, generalmente el Notario, un profesional del Derecho dotado de fe pública que, por tanto, es un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, para este, prácticamente la única salida que ofrecen los ordenamientos jurídicos nacionales es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitada, produciéndose de facto esa restricción a la capacidad jurídica, pues en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privada de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

Sin embargo, para evitar un régimen de incapacitación que limite la capacidad jurídica de la persona que padece algún tipo de discapacidad, se prevé la figura de la intervención notarial, que otorga apoyo a todo ciudadano que quiera ejercitar su capacidad jurídica, capacidad de autorregulación y el ejercicio de su autonomía personal, con independencia de su procedencia o de su condición, y que permite a las personas ejercitar derechos de cualquier índole, como por ejemplo de carácter patrimonial, como contratos de

compraventa o préstamos hipotecarios, personal relativos a poderes preventivos o autotutela, también se incluye actos que tengan que ver con el patrimonio familiar, como las capitulaciones matrimoniales, divorcio o reconocimiento de hijos, e incluso de carácter sucesorio respecto de testamentos o particiones hereditarias⁷⁶.

El notario, según lo dispuesto en la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad, puede ofrecer “apoyo” para llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y deberes por parte de las personas afectadas por determinada discapacidad, aportando asesoramiento y consejo sobre el alcance o las consecuencias que se puedan derivar del negocio. Resalta la función del notario como una función de apoyo institucional y para salvaguardar tanto en sentido positivo como negativo, relativo al respeto de los derechos, voluntad y preferencias de dicha persona, por un lado, y en sentido negativo para evitar que se produzcan abusos o influencia negativa sobre la persona.

En el proceso notarial se requieren una serie condiciones para que se lleve a cabo de manera efectiva y que garantice el asesoramiento eficaz de la persona con discapacidad. En primer lugar, la persona defiende cuáles son sus voluntades y preferencias para el caso concreto, otorgando el notario la función de asesoramiento y consejo para ejercitar el derecho, siempre respetando la capacidad legal que tengan las personas que van a intervenir en el proceso, además cabe la posibilidad de acceder a los apoyos necesarios siempre en condiciones de igualdad, y por último, se concreta el juicio de capacidad, discernimiento y comprensión por parte del Notario en todos y cada uno de los actos notariales que se realicen, para garantizar efectividad y relevancia de la igualdad, siendo necesario que los derechos que se vayan a ejercitar ostenten validez y eficacia y que no constituyan como una razón de discapacidad.

⁷⁶ “Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El notario como apoyo institucional y autoridad pública” en *Fundación Aequitas*.
http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=12772&groupId=10228&folderId=418602&name=DLFE-1437126.pdf

El proceso notarial acaba con la prestación del denominado consentimiento informado por parte de la persona que precisa de asistencia, y que se concreta en la necesidad de que las personas que van a otorgar cualquier documento público notarial, hayan comprendido gracias a la intervención notarial, la adecuación de ese negocio que se lleva a cabo por sus pretensiones, de que se ajusta a la legalidad pertinente en virtud de un control llevado a cabo por el Notario, que la forma jurídica adoptada en el negocio es conforme y adecuada a su voluntad y por último, que conoce todos los efectos derivados del acto jurídico que va a autorizar. La finalidad del consentimiento informado se concreta en la necesidad de que el contrato que se celebre sea acorde a una voluntad informada, consciente y expresada de forma libre y que, para formalizarlo, el otorgante ha tenido que recibir apoyo notarial.

7.3. Patrimonio protegido

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad consiste en la formación de una masa patrimonial que tiene como finalidad satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Este patrimonio se forma mediante aportaciones iniciales y posteriores de dinero, bienes y derechos y se somete a un régimen de administración y supervisión especial⁷⁷.

La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, establece cuáles son las condiciones necesarias para proceder a la constitución, control y gestión del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, destacando como objetivo la atención de las necesidades vitales de las personas en cuyo interés se haya constituido, y además designa a aquellas personas beneficiarias, concreta derechos, condiciones y ventajas de la constitución del patrimonio. Esta ley se aplica a aquellas personas que padezcan una discapacidad intelectual con grado igual o superior al 33 por ciento, o que sufran discapacidad física o intelectual con grado igual o superior

⁷⁷ “Patrimonio protegido” en *Fundación Aragonesa Tutelar*. Fundat.es <https://fundat.es/patrimonio-protegido#:~:text=Es%20una%20nueva%20soluci%C3%B3n%20para,de%20las%20personas%20con%20discapacidad.&text=Este%20patrimonio%20se%20forma%20mediante,de%20administraci%C3%B3n%20y%20supervisi%C3%B3n%20especial>.

al 65. Las personas legitimadas para constituirlo podrían ser las mismas personas que padecen la discapacidad, siempre y cuando ostenten capacidad de obrar suficiente, o bien los padres, tutores o representantes legales de la persona que tengan interés legítimo.

En su Exposición de motivos se hace constar que *“esta ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial. Efectivamente, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”*.

De esta forma, señala *“el objeto inmediato de esta ley es la constitución de una masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a una persona con discapacidad”*.

La creación del patrimonio puede realizarla tanto por la propia persona con discapacidad, como sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho, y requiere una aportación al principio de bienes o derechos, una vez creado el patrimonio cualquier persona puede realizar aportaciones al mismo, siempre a título gratuito. Se constituirá mediante escritura pública acudiendo al notario para que este le asesore de cuáles son las reglas de administración más adecuadas según las necesidades de la persona con discapacidad y los bienes aportados.

También se establecen en la ley las reglas que deben aplicarse para su administración, indicando quiénes desempeñarán la administración en el caso de que la persona con discapacidad no pueda hacerlo. Además, los bienes y derechos que forman este patrimonio se aíslan del patrimonio personal del beneficiario y quedan sometidos a un régimen de administración específico. Si se aportan bienes inmuebles, ha de anotarse en el Registro de la Propiedad su condición de integrantes de un patrimonio protegido.

En definitiva, las características más relevantes de esta figura legal son: el patrimonio protegido constituido ostenta personalidad jurídica propia, se diferencia del patrimonio

personal que tenga el titular beneficiario, y queda sometido a condiciones de administración y supervisión específicas.

La nueva Ley 8/21 modifica la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 para acomodar su regulación al cambio de paradigma que motiva la reforma.

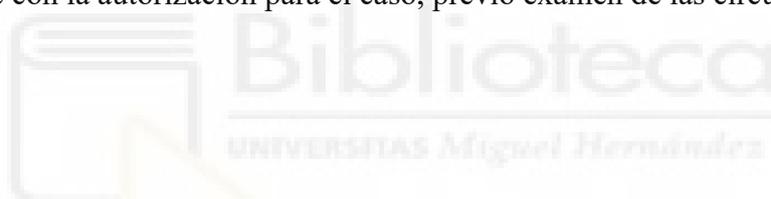
7.4. Guarda de Hecho

La guarda de hecho se aplica en aquellos supuestos en los que una persona distinta de los progenitores de la persona incapaz asume llevar a cabo todos los actos necesarios para la protección de dicha persona y también de sus bienes, sin necesidad de estar expresamente designada para ello por parte del Juez. Esta institución nace debido a la existencia de personas que no necesitan ser declaradas judicialmente incapaces ya que resulta suficiente el nombramiento de una persona que asuma funciones de apoyo o asistencia, sin necesidad de otorgarle la función de curador o tutor.

Nuestro ordenamiento jurídico no tenía una amplia regulación en cuanto a este término, pero sin embargo destaca las funciones que se le asignan a la persona que vaya a ejercer de guardador de hecho, las cuales no son las relativas a una representación legal de la persona incapaz, ya que no se permite adoptar el régimen de sustitución en negocios de carácter personal ni patrimonial. En lo que respecta al ámbito personal, cuando se precise por parte del incapaz, el guardador velará por su cuidado, alimentación, asistencia médica, incluso promover su formación y en la medida de lo posible, favorecer la adquisición o mejora de su capacidad. En la esfera patrimonial, se encargará de llevar a cabo la gestión y administración de los bienes de la persona, pero tendrá como límite funciones que sean relativas a ventas, arrendamientos, o actos de disposición, lo que sí se permite al guardador es llevar a cabo actos esenciales como los pagos de suministros. En cualquier caso, deberá rendir cuenta de sus gestiones al juzgador cuando sea requerido. Normalmente, la figura del guardador no será objeto de retribución, sin perjuicio de que el Juez pueda reconocer daños y perjuicios contra el patrimonio de la persona incapaz.

La nueva Ley 8/21 refuerza esta figura, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, pues, como señala la Exposición de motivos, la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida y apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho, generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables, que no precisa de una investidura jurídica formal que la persona con discapacidad tampoco desea.

Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.



Conclusiones

PRIMERA. - La Convención de Nueva York ha resultado ser la herramienta y el elemento esencial del cambio en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, dada su importantísima repercusión en el tratamiento de la discapacidad para los Estados firmantes, ya que deja obsoleto el sistema de sustitución que regía en nuestra legislación para atender a esta realidad mediante un sistema de apoyos basado en las asistencias.

El objetivo fundamental que pretende la Convención es la promoción de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, velando así por un sistema social que responda ofreciendo apoyos y caracterizado por el respeto de la dignidad inherente a las personas, teniendo como punto de partida siempre la promoción de la autonomía individual en la toma de decisiones y la absoluta participación de las personas con discapacidad en la vida pública en igualdad de oportunidades.

A raíz de la ratificación en España de la Convención y en aras de aproximar nuestra legislación al sentir de la misma se procede a la reforma normativa de varias de las leyes de nuestro ordenamiento para ajustarlas a los principios generales de respeto a la dignidad inherente a la persona, a la autonomía individual, a la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana. Sin embargo, pese al esfuerzo realizado no se lleva a cabo una reforma integral que verdaderamente adapte la normativa a las exigencias de la Convención hasta la recientemente aprobada Ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

SEGUNDA. - Analizada la evolución de la legislación española en materia de discapacidad resaltamos el sentimiento paternalista de la misma, la cual con intención de proteger el interés de la persona con discapacidad acude asiduamente al procedimiento de la incapacitación, con la figura de la tutela o la visión de la curatela como formas de suplir o complementar la voluntad del sujeto a las mismas. Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero se modificó la regulación para la incapacitación resolviendo cuestiones relativas a todo el procedimiento, sin embargo, es considerada una reforma alejada nuevamente del espíritu de la Convención la cual hace referencia a la modificación de la capacidad, jamás a la incapacitación. Nuestro ordenamiento civil, sin embargo, también presenta algunos matices los cuales han permitido que los jueces aplicaran las medidas proporcionales a los apoyos necesarios para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los casos en los que la discapacidad fuera relativa, mediante sentencias adecuadas y con las salvaguardas y apoyos adaptados a las necesidades individuales reales con figuras como el defensor judicial, la asistencia, la guarda de hecho, la autotutela, permitiendo así la adecuación de nuestra legislación a los principios de la Convención, siempre que se hiciera un buen uso de la misma. Resulta importante por ello destacar la labor tanto de la jurisprudencia como de los operadores jurídicos a la hora de interpretar las normas actuales conforme a los principios básicos de la Convención, garantizando siempre el máximo respeto a la voluntad y protección de la persona consiguiendo un menor grado de limitación de sus posibilidades de actuación. Mediante la vía jurisprudencial los

tribunales ya han intentado interpretar las sentencias adaptándose a lo previsto en la Convención. En este sentido, la interpretación jurisprudencial va encaminada a instaurar un sistema de apoyos y asistencia a las personas con discapacidad, sin necesidad de acudir al régimen de sustitución que actualmente sigue vigente en el ordenamiento jurídico español. Además otras sentencias mencionadas anteriormente también velan por la necesidad de proteger a las personas en lo que respecta al acceso a la justicia siempre en igualdad de condiciones con el resto de personas, lo que supone una adaptación de la legislación a la Convención, lo que supone la posibilidad de que una persona que resulte incapaz para gobernarse por sí misma, pueda actuar a través de representantes legales para poder tener acceso al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

TERCERA. - La regulación de la incapacitación se recoge tanto en el Código Civil, como en la ya mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil, más concretamente en el Título I, Capítulo II que tiene como título “procesos sobre la capacidad de las personas”. Aunque existen otras normas a nivel nacional que también desarrollan esta materia, la regulación más importante y que mas influencia causa en la legislación española fue la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad la cual conlleva la posterior publicación de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de Adaptación normativa de la Convención Internacional, con el objetivo de adaptar la legislación española en materia de discapacidad a las exigencias de la Convención, lo que derivó a su vez en la modificación de muchas normas españolas en relación a dicha materia. A consecuencia de la promulgación de dicha ley se inició la tramitación de un de la Ley de reforma de la legislación tanto civil como procesal en materia de discapacidad, incidiendo en el hecho de que la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico español encuentra su justificación en las exigencias de la Convención internacional.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica conforma un paso decisivo para el apoyo del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya que se sientan las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, extrapolándose a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

Se redacta de nuevo el Título XI del Libro Primero que pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», de

manera que la idea que preside la nueva regulación no es la incapacitación, ni la modificación de la capacidad, sino que la capacidad es inherente a la persona y no puede modificarse, pero ha de darse el apoyo adecuado y proporcional a quien lo necesite con la preferencia de las medidas preventivas, la reubicación en los Títulos XI y XII del Libro I del Código Civil, reordenando así la materia en cuestiones de minoría de edad, mayoría y emancipación.

Se refuerza la figura de la guarda de hecho, que pasa a ser una institución jurídica de apoyo en lugar de una situación provisional cuando resulta suficiente y adecuada. Se prevé la obtención de autorización judicial para el caso concreto, cuando el guardador deba realizar una actuación representativa, sin necesidad de abrir un procedimiento general de provisión de apoyos. La reforma regula con detalle la curatela, que es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, con un carácter principalmente asistencial. También se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos necesarios igual que a cualquier adulto que los requiera. Esto supone que la tutela queda reservada a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad y el complemento de capacidad que requieren los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos corresponderá a un defensor judicial. Se recoge la figura del defensor judicial, en particular, para aquellas situaciones en que la figura de apoyo habitual no pueda intervenir o exista conflicto de intereses entre esta y la persona con discapacidad.

Por lo que respecta al ámbito procesal, se modifica todos aquellos procesos que supongan una modificación de la capacidad, promoviendo en su lugar sistemas de apoyo a las personas con discapacidad, modificando artículos como el 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o el 758 de la misma. Por último, la nueva ley también introduce modificaciones en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con la finalidad de armonizar todos los textos legales para que no existan discrepancias en todo lo relativo a la tutela de los derechos de las personas, reformando cuestiones relativa al expediente de nombramiento de tutores o curadores, o modificando el régimen de rendición de cuentas de los mismos.

Y, además, la Ley introduce un régimen transitorio, mediante el cual se amplía la legitimación activa para revisar todas y cada una de las medidas que se hubieran adoptado en base a la legislación anterior.

CUARTA. - Son reformas que no van a agilizar los procedimientos, pues parece desconocerse no solo el funcionamiento de los Juzgados sino la necesidad de contar con la intervención del Ministerio Fiscal y Médicos Forenses, imprescindibles para poder valorar la situación de la persona. Pues lo más garante no puede ser ni será un expediente sin oposición como si de algo liviano se tratase, como tampoco lo será que la rendición de cuentas quede sujeta a cuantías o actuaciones que hoy día ya son controladas, pero omitiendo otras que pueden perjudicar a la persona con discapacidad. Es decir, es una reforma que no protege de la forma pretendida, excede de la utopía de la confianza solidaria, desconociendo la realidad de personas que son dignas de una especial protección. Todo ello, sin obviar que instala lo que pretenden ser procedimientos ágiles o exprés que en ningún caso pueden ser asumidos por la mayoría de la planta judicial de nuestro país en el estado en el que se encuentra. Es decir, desde la mera teoría puede y tiene sus peros, pero en la aplicación en el día a día de un juzgado lo único que puede ocurrir es que los procedimientos lleguen incluso a tardar más en su tramitación que los que hoy rigen, y no será por ausencia de voluntad de todos los operadores jurídicos, sino porque una vez más se pretende una modificación legal sin una modificación, dotación y ampliación de quien han de tramitarlos y resolverlos. No solo jueces, también fiscales e Institutos de medicina legal.

Bibliografía

9.1. Fuentes Normativas

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE, 21 de abril de 2008, núm. 96.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, 8 de enero de 2000, núm. 7

España. 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. BOE, 14 de noviembre de 2002, núm. 274.

España. 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. BOE, 19 de diciembre de 2003, núm. 277.

España. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. BOE, 17 de septiembre de 2006, núm. 222.

España. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE, 2 de agosto de 2011, núm. 184.

España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE, 3 de julio de 2015, núm. 158.

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, 29 de julio de 2015, núm. 180.

España. Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho

de sufragio de todas las personas con discapacidad. BOE, 6 de diciembre de 2018, núm. 294.

España. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, elimina de nuestro derecho español toda posibilidad de esterilización forzosa o no consentida, previa autorización judicial, de los discapacitados que estén incapacitados judicialmente. BOE, 17 de diciembre de 2020, núm. 328.

España. 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. BOE, 3 de junio de 2021, núm. 132

España. Estrategia aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 11 de diciembre de 2006. Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. Catálogo general de publicaciones oficiales.

Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.

Sentencia 174/2002, de 9 de octubre de 2002.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2002-20593

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-

[12 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#)

Secretaría General Técnica y Subdirección General de Política Legislativa. (2020). *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Ministerio de Justicia.

9.2 Libros

- BARIFFI, F. PALACIOS, A. (2007) “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en *Colección Telefónica Accesible*. Ediciones Cinca, p.101.
- BIEL PORTERO, I. (2009). *Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo*. Castellón. p. 83.
- CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A. (2006). “El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En *Ferrer Lloret, Jaume; Sanz Caballero, Susana. (coord.): Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 191.
- DENEGER, T. QUINN, G. (2002). *Human rights and disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JR. (2016). *Manual Derecho Civil I. Derecho de la persona*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GONZÁLEZ POVEDA (1989). *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*. Navarra.
- HERNÁNDEZ VIADEL, M., LERA CALATAYUD, G., CAÑETE NICOLÁS. C., PÉREZ PRIETO, J.F. (2007). Tratamiento ambulatorio involuntario: Opinión de las personas implicadas. *Archivos de Psiquiatría*: 70(1):65-74.
- LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N. (2007). “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. Pérez Cayo), Ediciones Cinca, 2007, p. 409.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I. Ob. Cit. p. 64.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, C. (2013). “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.” En *Los mecanismos de guarda legal de las personas con*

- discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Coord. S, DE SALAS MURILLO. Madrid: Dykinson. p. 21.
- NUÑEZ ZORRILLA, M.C. (2014). La Asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación. Madrid: Dykinson. P. 25, 99.
- PALACIOS, A. (2008) “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; en *Colección CERMI*. Ediciones Cinca, núm. 36, p. 238.
- REVILLA, P. (2015). *Los Derechos de las Personas con Discapacidad; Especial atención a la discapacidad en el medio penitenciario*. Valladolid: Facultad de CC. Sociales, Jurídicas y de la Comunicación.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015). *Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales*. A Coruña: Universidad de A Coruña.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. (2016). El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional. *Diario La Ley*, 8763, 1.
- SÁEZ GONZÁLEZ, J. (2015). La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico (Tratamiento posterior a la aprobación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Madrid: Tecnos.
- VIEIRA MORANTE, F.J. (2016). *Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad*. *Derecho Privado y Constitución*, 30, 371-385.
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.09>

9.3 Revistas

- ALONSO, M.J. (2018). “Igualdad de oportunidades y no discriminación” en *Canal Down 21*. Fundación Iberoamericana Down 21.
<https://www.down21.org/area-juridica/123-legislacion-espanola/1171-igualdad-de-oportunidades-y-no-discriminacion.html>

- AMARILLO VOZMEDIANO, M.F. (2020). “¿Sumando un nuevo colapso de los órganos judiciales? ¿Salud mental? En *Asociación Profesional de la Magistratura*. APM39.
- ANULA, A. (2013). *Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Fácil Lectura*. Seminario de Investigación en Lectura y Edición. Madrid: Grupo DILES (Universidad Autónoma de Madrid)
- CABADA, J.M. (2019). “La inclusión educativa, un derecho” en *Diario de la Educación*. Fundació Periodisme Plural.
- CERMI. Comité español de representantes de personas con discapacidad. <https://www.cermi.es/>
- FUNDACIÓN AEQUITAS. *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El notario como apoyo institucional y autoridad pública*. http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=12772&groupId=10228&folderId=418602&name=DLFE-1437126.pdf
- FUNDAT. Fundación Aragonesa Tutelar. *Patrimonio protegido*. <https://fundat.es/patrimonio-prottegido#:~:text=Es%20una%20nueva%20soluci%C3%B3n%20para,de%20las%20personas%20con%20discapacidad.&text=Este%20patrimonio%20se%20forma%20mediante,de%20administraci%C3%B3n%20y%20supervisi%C3%B3n%20especial.>
- FUTUCAM. *Medidas de Protección Legal de la Persona con Discapacidad Intelectual*. https://futucam.org/documentos/guia_proteccio_legal.pdf
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2020). “La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin a las Cortes Generales” en *Hay Derecho. Por una conciencia cívica: Expansión*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/07/14/la-nueva-regulacion-de-la-capacidad-juridica-se-remite-por-fin-a-las-cortes-generales/>
- GASPAR, J.E. (2005). “Participación social y personas con discapacidad psíquica” en *RES. Revista de Educación Social*. Número 3.

<https://eduso.net/res/revista/3/articulos/participacion-social-y-personas-con-discapacidad-psiquica>

GONZÁLEZ CASAS, D. (2019). *Discapacidad, capacidad y derechos fundamentales en España: El ejemplo del Tratamiento Ambulatorio Involuntario*. En “Rev. Boliv. de Derecho”. Nº 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 50-79

LLOPIS, J.C. “El testamento vital o documento de voluntades anticipadas” en *Notaria Llopis*.

<http://www.notariallopis.es/blog/i/1419/73/el-testamento-vital-odocumento-de-voluntades-anticipadas>

PLENAINCLUSION.ORG

https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/plena_inclusion.ley_que_prohibe_la_esterilizacion_forzada_lectura_facil_0.pdf

RAMOS MEDINA, I. (2018). “¿Cómo puede ayudar un notario a una persona con discapacidad?” en *Notarios en Red*.
<https://www.notariosenred.com/2018/12/como-puede-ayudar-un-notario-a-una-persona-con-discapacidad/>

ROSALES, F. (2014). “El poder preventivo como solución a los procesos de incapacidad” en *Notario Francisco Rosales*.
<https://www.notariofranciscorosales.com/el-poder-preventivo-como-solucion-los-procesos-de-incapacidad/5>

SANTIAGO PINEDA, V. (2008). *Se trata de la discapacidad: Una explicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Nueva York: UNICEF.

https://www.unicef.org/Se_trata_de_la_capacidad_053008.pdf

SAEZ ABOGADOS (2015). 7 de agosto, Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.
<https://www.saezabogados.com/ley-152015-de-jurisdiccion-voluntaria/>

SERRANO, J. “La guarda de hecho” en *Madison Abogadas*.
<https://madisonabogadas.es/guarda-hecho>

SERRATO, M. *La maldición de todos los tiempos*. Cámara Cívica.
<https://www.camaracivica.com/divulgacion-politica/la-maldicion-de-todos-los-tiempos/>

VALLS, J.M. (2021). “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad” en *El Notario del siglo XXI*.
<https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/9901-el-notariado-frente-al-anteproyecto-de-ley-en-materia-de-discapacidad>

9.4 Tesis

COVES GARCÍA, M.S. (2020). *Las alternativas a la incapacitación*. Trabajo Final de Grado. [TFG] Elche: Universidad Miguel Hernández de Elche.

FUNDACION AEQUITAS (2008) “*Autotutela y poderes en previsión de propia discapacidad*”

https://www.icasal.com/23359/activos/texto/wicas_test2_pdf_23359-

[J1XGr4pCWkR8w8u6.pdf](https://www.icasal.com/23359/activos/texto/wicas_test2_pdf_23359-J1XGr4pCWkR8w8u6.pdf)) y “*Guía de buenas prácticas, intervención notarial*”

“*Diferencia autotutela y poderes preventivos*” (Disponible en <http://tutelarte.es/alternativasincapacitacion/>)

GARCIA PONS, A. (2008). “Actuaciones afectadas en la esfera patrimonial negocial” en *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Capítulo 3.

<https://books.google.es/books?id=->

[G6UDAAAQBAJ&pg=PA73&lpg=PA73&dq=esfera+patrimonial+persona+discapacidad&source=bl&ots=rMVq8pnzfs&sig=ACfU3U0uDVFnzHyQ1koCwjJuTVC5dFlqQg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiV4te9kqzPAhVS5uAKHQmVB9UQ6AEwA#v=onepage&q=esfera%20patrimonial%20persona%20discapacidad&f=false](https://books.google.es/books?id=-G6UDAAAQBAJ&pg=PA73&lpg=PA73&dq=esfera+patrimonial+persona+discapacidad&source=bl&ots=rMVq8pnzfs&sig=ACfU3U0uDVFnzHyQ1koCwjJuTVC5dFlqQg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwiV4te9kqzPAhVS5uAKHQmVB9UQ6AEwA#v=onepage&q=esfera%20patrimonial%20persona%20discapacidad&f=false)

GONZALEZ CADAHÍA, M. (2014) ‘ ‘*La protección patrimonial de las personas con discapacidad*’ ’ Trabajo de Fin de Grado [TFG] Madrid, Universidad Pontificia de Comillas

<https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/2106/retrieve>)

RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015). *Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales*. A Coruña: Universidad de A Coruña.

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16858/AD_2015_19_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Entonces%20los%20derechos%20sociales%20fundamentales,y%20a%20la%20sanidad%20entre%20otros.

VICO FERNÁNDEZ, G. (2015). *Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico*. Tesis Doctoral. Barcelona: Universitat del Barcelona.

