

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho



TRABAJO FIN DE GRADO

Curso académico 2018-2019

Título

HACIA LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE
CAPACIDAD JURÍDICA

Alumno: GRAO ESTAÑ, ISIDRO

Tutor académico: MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS



ÍNDICE

RESUMEN

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
 - 2.1 El artículo 12: del modelo de sustitución al modelo de asistencia en la toma de decisiones.
 - 2.2 Derecho de sufragio y discapacidad.
 - 2.3 La Observación General número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - 2.4 La recepción de la Convención por los órganos judiciales españoles.
3. SÍNTESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018 DE REFORMA DEL DERECHO CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.
4. CONCLUSIONES.

ANEXO.

Tablas comparativas Anteproyecto de ley reforma Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar los retos jurídicos que tienen los Estados para la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en materia civil y procesal al asumir con su firma y ratificación dicha Convención especialmente en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, es la norma jurídica más importante jamás aprobada a favor de las personas con discapacidad, los principios que la componen, que son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), 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, en su artículo 12 (relativo al Igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad), obliga a los Estados firmantes a reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida” y “el derecho a ser apoyadas en la toma de decisiones”.

Las personas con discapacidad se presentan en el ámbito de los Derechos Humanos, como titulares plenos de derechos, lo que conlleva que esos derechos Humanos deben dirigirse a lograr un equilibrio en el ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades, pues pueden contribuir a la sociedad en iguales circunstancias que el resto de personas, pero siempre dando valor a la inclusión y al respeto a lo diverso. Esos valores esenciales que fundamentan los Derechos Humanos, como la dignidad humana, la libertad personal y la igualdad, propician la disminución de barreras y dan lugar a la inclusión social.

Para ello, hay que redefinir los derechos, dotándolos de contenido material, hay que hacerlos vinculantes, visibles y exigibles y hay que regular mecanismos que garanticen su efectividad.

En la actualidad se está pasando de la percepción de las personas con discapacidad, como personas enfermas, que debían de adaptarse a la sociedad existente superando las carencias y deficiencias en muchas ocasiones mediante tratamientos médicos o con prestaciones económicas o sociales entendidas casi como beneficencia, a percibir a las personas con discapacidad como un colectivo de personas con unas determinadas características que se

encuentran en una situación de desventaja social y a las que hay que reconocer los derechos de igualdad y no discriminación con respecto a las demás personas, haciendo que sea la sociedad la que se adapte para dar espacio social a toda clase de personas.

Un cambio en este aspecto debe verse en buena medida en la evolución jurídica.

En España con la aprobación del Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 para la Reforma del Derecho Civil y Procesal en materia de discapacidad se ha producido un avance histórico en el derecho de las personas con discapacidad para poder actuar jurídicamente en igualdad de condiciones que el resto con los apoyos que necesite para tomar sus propias decisiones.

Con el anuncio de esta reforma en el Consejo de Ministros, el Gobierno pretende cumplir el mandato de adaptar nuestra legislación a la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el Estado español en 2008.

La mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad indicaban la necesidad de cambiar esa visión de sustitución o representación del actual Código Civil por otra más acorde al espíritu de la Convención, pasando de una visión paternalista, que opta por la sustitución o representación de las personas con discapacidad intelectual en aspectos de su vida como elegir donde vivir, o la posibilidad de testar, entre muchos otros, a un enfoque centrado en el apoyo a la toma de decisiones de cada persona y el Gobierno español con la aprobación de este anteproyecto de Ley consigue ese cambio.

1. INTRODUCCIÓN

La capacidad jurídica de una persona es la aptitud para adoptar decisiones jurídicamente válidas, y entablar relaciones contractuales vinculantes. Esta capacidad jurídica hace que una persona sea titular de derechos y obligaciones, convirtiéndola en sujeto de Derecho. La persona está afectada por la capacidad jurídica en todos los ámbitos de la vida, elegir el domicilio donde va a vivir, firmar un contrato de trabajo, decidir contraer matrimonio o la posibilidad de ejercer el derecho a voto.

En la Unión Europea (UE) residen unos 80 millones de personas con discapacidad. En España según el último censo oficial sobre personas con discapacidad, estima que hay 3,84 millones¹, esto suponía un 8,5 % de la población (en 2020 el INE tiene previsto publicar una nueva encuesta). A muchas de estas personas se les ha limitado o retirado su capacidad jurídica, lo que disminuye sus posibilidades de vivir de modo independiente y de adoptar decisiones sobre su propia vida.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) supuso un cambio en el concepto de discapacidad. Considera a las personas con discapacidad titulares de derechos en los mismos términos que las demás personas, y sitúa a la persona en el centro de todas las decisiones que le conciernen. Este enfoque de igualdad de derechos tiene una gran implicación para toda la legislación en materia de capacidad jurídica, así como para su aplicación.

Este derecho al igual reconocimiento de la persona ante la Ley es un principio de derechos humanos consolidado desde hace mucho tiempo y reflejado en los diferentes marcos jurídicos nacionales e internacionales. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia a la capacidad jurídica en su artículo 12, sobre «El igual reconocimiento como persona ante la Ley».

Este artículo 12 de la CDPD reconoce que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», y que la

¹ www.ine.es, encuesta “Discapacidad, Autonomía Personas y situaciones de Dependencia” del Instituto Nacional de Estadística publicada en 2008 con datos de 2007 (consultado 09/03/2019).

discapacidad, por sí sola, no justifica la privación de capacidad jurídica. Con este reconocimiento se posibilita a las personas con discapacidad que asuman el control de sus vidas, dando un cambio en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Con la entrada en vigor de la CDPD se produce un debate sobre los marcos jurídicos que rigen en todos los Estados sobre el tema de la capacidad jurídica. Existen países que tras ratificar la Convención encuentran dificultades para elaborar una legislación nacional que contemple medidas orientadas a respetar la autonomía y voluntad de las personas.

En casi todos los Estados se requiere que para restringir la capacidad jurídica del individuo, la discapacidad intelectual o el trastorno mental debería ir acompañado de un segundo criterio vinculado a la incapacidad de la persona para gestionar sus asuntos. Por lo general, tras el dictamen de una resolución en materia de incapacidad jurídica se designa un tutor.

La incapacitación y la sustitución a través de la tutela es la respuesta en casi todas las legislaciones nacionales, al igual que en las europeas, especialmente en personas con discapacidad mental e intelectual, que tienen la dificultad de adoptar sus propias decisiones.

Como ha señalado Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (abril 2006 a marzo 2012), “Las personas con discapacidad mental o intelectual han sido discriminadas, estigmatizadas y reprimidas, incluso en los últimos años. Su mera existencia ha sido vista como un problema y a veces se ha escondido en instituciones alejadas o en la trastienda de los hogares. Han sido tratados como no personas, cuyas decisiones carecen de significado. Aunque en parte esto ha cambiado con el progreso de la causa de los derechos humanos, las personas con discapacidad mental o intelectual se siguen enfrentando a problema relacionados con su derecho a tomar decisiones por sí mismas, también en asuntos importantes. Su capacidad jurídica se restringe o anula totalmente y son colocadas bajo la tutela de otra persona que tiene derecho a tomar todas las decisiones en su nombre”².

²Hammarberg, T. Viewpoint: “Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights”, 21-09-2009 disponible en http://www.coe.int/t/commissioner/viewpoints/090921_en.asp (consultado 29/03/2019).

La FRA –European Union Agency for Fundamental Rights- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hizo entrevistas con personas que sufren problemas de salud mental y personas con discapacidad intelectual y pusieron de relieve la influencia que puede ejercer la legislación en materia de capacidad jurídica sobre la vida diaria de este colectivo. Los participantes a los que se había privado de su capacidad jurídica compartían una sensación de impotencia. Tras la atribución de un tutor, los encuestados expresaron su sensación de frustración respecto a las restricciones a su capacidad para adoptar decisiones por propia cuenta. Sin embargo, muy pocos habían recurrido la decisión de privarles de su capacidad jurídica, o de cambiar su tutor.

Las consecuencias de las restricciones de la capacidad jurídica descritas por los entrevistados subrayan la importancia de desarrollar modelos basados en una toma de decisiones asistida, que favorecen la independencia y la autonomía de las personas con discapacidad, con arreglo a lo dispuesto en la CDPD³.

Desde que el 13 de diciembre de 2006 se aprobara la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo en la Sede de Naciones Unidas en Nueva York, España entró a formar parte del primer grupo de Estados firmantes. Así, el día 30 de marzo de 2007, fecha en la que, según la propia Convención (artículo 42), esta se abría a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración, España se encontraba entre los 82 Estados que firmaron la Convención y los 44 que firmaron el Protocolo Facultativo. El entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, como Plenipotenciario de España, firmó la Convención en Nueva York.

Con posterioridad, el 23 de noviembre de 2007, D. Juan Carlos Rey de España aprobaba y

³ Análisis de la FRA, European Union Agency for Fundamental Rights de las normas internacionales y nacionales en materia de capacidad jurídica de las personas que sufren trastornos mentales y discapacidad intelectual y conclusiones del estudio basados en entrevistas mantenidas con personas con discapacidad para contribuir a la implementación de la Convención. El informe sobre Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems (Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y trastornos mentales) puede consultarse en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/legal-capacity-personsintellectual-disabilities-and-persons-mental-health-problems> (consultado 07/04/2019).

ratificaba la Convención, y ordenaba expedir un Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se publicaba en el BOE Núm. 96 el 21 abril 2008, y que establecía que la Convención entraría en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Tras la ratificación de la CDPD por parte del Estado español en noviembre de 2007, ésta pasó a formar parte de su ordenamiento jurídico, generando obligaciones en aquellos ámbitos que son de su competencia.

La Constitución española de 1978 solamente tiene una referencia explícita a las personas con discapacidad en su artículo 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”, tal como indica el profesor Martínez-Pujalte⁴, se trata de un precepto redactado en un lenguaje obsoleto, que trasluce una mirada hacia las personas con discapacidad desde los parámetros del modelo médico o rehabilitador, pero para examinar el alcance de la protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, debe acudir principalmente al artículo 9.2 de la CE, el cual puede considerarse el principal anclaje constitucional de todo el Derecho de la Discapacidad.

El artículo 9.2 de la CE dispone: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social “. Este artículo contiene un mandato inequívoco a los poderes públicos para llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para conseguir una igualdad real y efectiva entre todos los individuos y grupos en que se integran.

⁴ MARTINEZ-PUJALTE, A, *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2016, página13.

Rafael de Asís indica que los derechos de las personas con discapacidad no son solo derechos sociales, sino que se trata, en línea de principio, del mismo catálogo de derechos de cualquier otra persona⁵.

En total concordancia con lo expresado por el profesor Martínez-Pujalte “lo que el Derecho pretende es que las personas con discapacidad sean tratadas idénticamente a todas las demás personas, sin que puedan existir diferencias de trato motivadas por la discapacidad” pero “este Derecho de la Discapacidad se encuentra todavía en buena medida por hacer”⁶.

La Convención se refiere al derecho a la educación, al derecho a la salud, al derecho a la vida, y así sucesivamente. Sin embargo, tanto el artículo 9 relativo a la accesibilidad, como el artículo 20 sobre movilidad personal, y el artículo 26 sobre habilitación y rehabilitación, no emplean expresamente el término derecho al referirse a la protección de estos ámbitos, pero sería posible desde una interpretación sistemática de todo el Texto de la Convención, si entendemos que la Convención reconoce la accesibilidad, la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación como derechos, dado que esos derechos no se encuentran previamente reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos generales, se podría afirmar, entonces, que el texto reconoce nuevos derechos, específicos, en el contexto de la discapacidad⁷.

⁵ DE ASÍS, R, *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, página 94.

⁶ MARTINEZ-PUJALTE, A, *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Pamplona, 2018, página 64.

⁷ Vid. DE ASIS ROIG, R. y otros, *La Accesibilidad Universal en el Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 42, Dykinson, Madrid, 2007; DE ASIS ROIG, R. y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2007, CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá de Henares, 2012, en relación al derecho a la accesibilidad universal.

Rafael de Lorenzo apuntó que el Derecho de la Discapacidad en su conjunto posee sustantividad propia en cuanto que tiene principios jurídicos que son específicos del mismo, muchos de ellos surgidos en el ámbito del Derecho Internacional y el Derecho Comunitario europeo, y que forman parte de bases conceptuales que se aplican en todos los estados desarrollados ⁸.

En septiembre de 2018, el Gobierno de España aprueba un Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Con esta reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y a las exigencias contenidas en su artículo 12.

Con esta reforma se proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida y permitirá hacer efectivos los derechos que la CDPD reconoce a las personas con discapacidad con el fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación.

El anteproyecto diseña un nuevo régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad cuyo eje central es la consideración de que las personas que tienen alguna discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional «son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas».

Para adaptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias de la Convención, el anteproyecto acomete una profunda reforma del Código Civil en virtud de la cual desaparece la declaración judicial de incapacidad y la modificación judicial de la capacidad, pues son mecanismos incompatibles con el pleno reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas de las personas con discapacidad. Desaparecen, asimismo, los términos «incapaz» e «incapacitación» del lenguaje jurídico.

⁸ De LORENZO GARCIA, R., *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en Pérez Bueno, L.C. (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, pág.62.

La intervención judicial se mantiene, pero no para modificar la capacidad sino para establecer «el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar».

El Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros supone un avance histórico en el derecho de las personas con discapacidad a poder actuar jurídicamente en igualdad de condiciones que el resto, con los apoyos que necesite para tomar sus propias decisiones.



2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional en el cual se recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes en la Convención de promover, proteger y asegurar esos derechos. En la Convención se establecen también dos mecanismos de aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de supervisar la aplicación de la Convención y la Conferencia de los Estados Partes, encargada de examinar cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención.

La negociación de la Convención se llevó a cabo por los Estados con la participación de instituciones de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones intergubernamentales. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención y su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006, y se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007. Todos los Estados que ratifiquen la Convención estarán vinculados jurídicamente a respetar las disposiciones que en ella se recogen. Para los demás Estados, la Convención constituye una norma internacional a la que están obligados a respetar.

La Convención tiene como finalidad censurar en sus 50 artículos los derechos de las personas con discapacidades y establecer un código de aplicación de los mismos. Entre estos derechos, encontramos entre otros, los derechos civiles y políticos, la accesibilidad, la participación y la inclusión, el derecho a la educación, la salud, el trabajo y el empleo, y la protección social.

El Protocolo se dedica a regular el procedimiento de comunicaciones al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano al que las personas con discapacidad y los grupos que las representan podrán hacer llegar sus reclamaciones una vez que se hayan agotado todos los procedimientos de recurso a escala nacional.

En España, entraron en vigor el 3 de mayo de 2008 tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008), como su Protocolo Facultativo (Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 22 de abril de 2008). En el año 2011, se adaptó artículo por artículo en España este documento a la normativa.

La adaptación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa, desde su entrada en vigor ha resultado un gran desafío pues aunque ha habido un gran avance en la materia desde los años 80, todavía se tenía que adaptar sus leyes a este nuevo cuerpo normativo.

España fue uno de los primeros Estados en dictar una ley específica de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención, tal como hemos indicado anteriormente mediante la Ley 26/2011 de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de la misma rúbrica.

Las normas modificadas por la Ley 26/2011 con el objetivo de adecuar su contenido a la Convención Internacional fueron varias, entre las que destacan: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (también conocida como LISMI); la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (también conocida como LIONDAU); la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la 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; el 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; o la 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.

Otra norma de carácter de transformación transversal cuya promulgación merece ser destacada es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que respondía a una petición del movimiento asociativo de la discapacidad, y que fue atendida a través del mandato contenido en la disposición final segunda 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 CDPD impone un cambio en el tratamiento de la discapacidad desde tres grandes proyecciones estrechamente relacionadas⁹.

En primer lugar, la CDPD aborda la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos y no desde un punto de vista meramente asistencial, la Convención tiene por objeto, como se señala en el artículo 1, “promover, proteger y asegurar el goce *pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente*”, y en su artículo 3 proclama como principios generales que deben guiar su aplicación e interpretación, los valores que presiden el discurso de los derechos humanos como la dignidad, no discriminación, igualdad, independencia, autonomía y respeto.

Tal como indica en su preámbulo la Convención reconoce a lo largo de su articulado un amplio catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales que reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos ellos¹⁰.

En segundo lugar, la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos está estrechamente relacionada en la CDPD con la asunción del modelo social de tratamiento de la discapacidad y la superación definitiva del denominado modelo médico¹¹. El modelo médico sostiene que la discapacidad está ocasionada por el padecimiento de una deficiencia y este modelo social al contrario sostiene que esta sociedad en su diseño no tiene en cuenta la situación de las personas con discapacidad y con ello generan barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones.

⁹ DE ASÍS ROIG, R., *La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad*, en L.C. Pérez Bueno, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, cit. Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 307-318, pp. 315 y 316.

¹⁰ CDPD Vid. inciso c) del Preámbulo

¹¹ Vid. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008. Vid. sobre la dialéctica modelo médico/ modelo social L. Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998; y M. Oliver, *Understanding Disability, From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996.

En el Preámbulo de la Convención se afirma que *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*; y en el artículo 1 se señala que *“las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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 con las demás”*.

La CDPD, adopta una estrategia que consiste en adaptar los derechos humanos generales y comunes abstractamente diseñados por y para las personas “normales”¹² -sin discapacidad- a la situación específica de las personas con discapacidad, erradicando las barreras que dificultan su ejercicio y disfrute en condiciones de igualdad por parte de este.

En tercer lugar el cambio de paradigma que implica la CDPD, directa consecuencia de las dos anteriores, consiste en el punto de inflexión que su artículo 12 marca en el tratamiento de la capacidad jurídica, mientras que la regulación tradicional de esta materia es expresión de la perspectiva asistencialista que tiene como fin prioritario la protección de las personas con discapacidad y del modelo médico que considera que las dificultades que pueden encontrar en la toma de sus decisiones están provocadas exclusivamente por sus rasgos personales, el artículo 12 asume un enfoque de derechos humanos que prima la autonomía de las personas con discapacidad y que se centra, en consonancia con el modelo social, en la eliminación de los obstáculos del entorno que les impiden adoptar sus propias elecciones y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a su situación y a sus necesidades¹³.

¹² LORD, J.E. y STEIN, M.A., *“The domestic incorporation of Humans Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”*, *Washington Law Review*, n° 83, vol.4, 2008, pp. 449-479, p. 461.

¹³ Vid. un análisis más detallado de este cambio de perspectiva en P. Cuenca Gómez, *“La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”*, *Derechos y Libertades*, n° 24, 2011, pp. 221- 257.

El artículo 12 exige a los Estados reafirmar que *“todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”* que se adoptarán *“todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*

Frente a los vigentes sistemas de incapacitación que permiten restringir o incluso anular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad el artículo 12 aboga por el reconocimiento de su capacidad jurídica e igualdad de condiciones. Esta exigencia implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe siempre presumir y que la discapacidad o las deficiencias, por sí mismas, nunca pueden ser una causa para limitar la capacidad jurídica, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención.

Como bien lo señala, Ramón Puig de la Bellacasa ¹⁴ *“El problema de las personas con deficiencias (etiquetados de “minusválidos”, “impedidos”, “discapacitados” ahora y de “lisiados” o “inválidos” antes) podría decirse que no ha sido la falta de integración, sino precisamente el exceso de integración; puesto que siempre tuvieron su sitio marcado, y cuando el individuo e, incluso, los individuos o los grupos fueron consiguiendo mayor grado de autonomía, de autodeterminación y de movilidad social, ellos (es decir, las personas con discapacidad), en general, siguieron conservando el puesto asignado, la plaza permanente entre los atípicos y los pobres, la doble marginación: orgánico-funcional y social.”*

Esta marginación ha estado de forma constante para las personas con discapacidad desde la Antigüedad hasta nuestros días. Los derechos humanos son universales, pertenecen a todos los seres humanos, incluyendo a las personas con distintas discapacidades. Las personas con discapacidad deben gozar de sus derechos humanos u libertades fundamentales en términos iguales con otros en la sociedad, sin discriminación de ningún tipo.

¹⁴ PUIG DE LA BELLACASA, R., *Concepciones, paradigmas, y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad. En Discapacidad e información*. Madrid, 1990, PP.63-69 Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía

Agustina Palacios¹⁵ indica que desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos.

La Convención ha abordado todas las medidas necesarias por la inclusión de la diferencia que implica la diversidad funcional, como una parte más de la realidad humana a lo largo de su articulado pero sin duda el tema más debatido durante el proceso de elaboración, y probablemente sea la norma que genere el cambio más substancial en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad es la temática de la capacidad jurídica, condición sine qua non a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades. la temática de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha sido, sin duda, la cuestión más polémica de las negociaciones. Tanto, que de manera inédita, en el transcurso de la Octava Sesión se aprobó la Convención con una nota al pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”. Finalmente, gracias al consenso al que se llegó con los Estados involucrados, la aprobación del texto final por parte de la Asamblea General omitió la nota de pie de página, dando lugar a una disposición de vanguardia y de gran importancia para las personas con discapacidad, que le abrirá la puerta al ejercicio de derechos en igualdad de condiciones que el resto en todos los ámbitos de la vida.

¹⁵ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CINCA, 2008, página 418.

2.1 El artículo 12: del modelo de sustitución al modelo de asistencia en la toma de decisiones.

Desde el movimiento asociativo, desde el principio se sostuvo que el modelo a adoptar por la Convención debía de ser el modelo de asistencia en la toma de decisiones, y dejar de lado el modelo de sustitución.

El modelo de asistencia, implica que una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, pero sin renunciar al derecho a tomar las propias decisiones. En este modelo la libertad de elección nunca es vulnerada. La asistencia en la toma de decisiones permite a todos y todas afrontar la dignidad del riesgo, sin cuestionar la sabiduría de las elecciones de la persona. Ayuda a la persona a entender la información y a tomar decisiones, basadas en sus propias preferencias.

El modelo de sustitución en la toma de decisiones, generalmente se plasma a través de la tutela, en teoría, protege a las personas con discapacidad de los abusos, pero en la práctica precisamente abre la puerta a los abusos. Entre otras consecuencias, la tutela facilita la institucionalización, dado que el representante puede otorgar el consentimiento incluso cuando la persona se opone a ser institucionalizada. Mediante el procedimiento de incapacitación, en gran parte de los países, la persona pierde el derecho de decidir dónde vivir, pierde el derecho al voto, el derecho a elegir con quién casarse, el derecho a abrir un negocio, y a decidir sobre múltiples cuestiones que el resto de personas deciden a diario.

En la tutela, mecanismo que fue construido sin consultar a las personas con discapacidad, se asume que algunas personas no tienen la capacidad para tomar decisiones jurídicamente vinculantes.

La aplicación del modelo de asistencia, se presenta como el mejor modo de respetar y garantizar el principio de autonomía y el derecho a la igualdad.

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos, indica que la capacidad de ser una persona bajo la ley pertenece a todos los seres humanos desde el momento del nacimiento y se pierde solo con la muerte, por lo que no puede ser sujeta a ninguna limitación por parte del Estado.

El concepto de capacidad jurídica presupone la capacidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones, pero también supone la capacidad de ejercitar esos derechos y asumir esas obligaciones por sí mismos, esto es, sin asistencia o representación de terceros. Así, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de asumir una transacción, mantener una relación o un estatus determinado con otra persona, y de manera más general de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas

La capacidad jurídica, por tanto, puede ser definida como la capacidad y el poder de ejercicio de derechos y la asunción de obligaciones por medio de sí mismo, esto es, sin la asistencia de representación por un tercero.

Como han destacado Francisco Bariffi y Agustina Palacios la capacidad jurídica es la “puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”¹⁶; erigiéndose en “una condición sine qua non a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”¹⁷.

El texto del artículo 12 de la Convención queda redactado incorporando el modelo de asistencia en la toma de decisiones, que junto con los principios de autonomía, dignidad e igualdad y el derecho a vivir de forma independiente, plasma el modelo social de discapacidad en un aspecto muy importante de la vida de las personas: como es la de ser partes, al igual que el resto de humanidad, de las decisiones acerca de sus propias vidas.

La primera parte de la norma reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Artículo 12 inc. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

¹⁶ BARIFFI, F., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, página 357.

¹⁷ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008, página. 419.

En el inciso 2 del artículo se parte del reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica entre personas con y sin discapacidad, estableciendo que: “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.” (Artículo 12 inc. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

En aquellos casos en que determinadas personas requieran asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se establece la obligación de que los Estados Parte proporcionen acceso a dicho sistema de asistencia o apoyo: “3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.” (Artículo 12 inc. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Para los Estados, en muchos casos, implica una reforma de su legislación interna para poder implementar las medidas necesarias a los fines de garantizar que las personas que lo requieran tengan acceso al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Convención impone a los Estados la obligación de asegurar que las medidas que se tomen para dar apoyo a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica vayan acompañadas por un marco de salvaguardias destinadas a impedir que se produzcan situaciones de abusos.

Tal como indica Luis Cayo Pérez Bueno¹⁸, más de una década después de la adopción de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, no se ha agotado el debate científico, político y jurídico acerca de en qué medida este texto normativo incide en el Derecho nacional español. Existe una desigualdad por razón de discapacidad, que todavía impide el acceso de los individuos con discapacidad a los bienes sociales considerados como básicos en una comunidad; el disfrute de la condición sustantiva de ciudadanía está vetado o reducido por causas asociadas a la discapacidad, privación del derecho de voto, no reconocimiento de la capacidad lega plena, prácticas que comportan tratos inhumanos o degradantes como la esterilización forzosa, educación segregada, ausencia

¹⁸ PEREZ BUENO, L.C., *La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español* en el libro *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo* de Antonio-Luis Martínez Pujalte, Aranzadi, Pamplona, 2018, página 87.

de entornos accesibles, etc.

La Convención ha de ser una fuente primordial del derecho nacional de la discapacidad, un marco orientador, una referencia para la legislación que se vaya conformando en materia de discapacidad.



2.2 Derecho de sufragio y discapacidad

El profesor Martínez-Pujalte indica que existía una vulneración muy patente del principio de participación y diálogo civil en la privación del derecho de sufragio a personas con discapacidad intelectual o psicosocial a que autorizaba el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que constituía una violación de la Constitución Española y de la CDPD¹⁹.

Pero en este aspecto en el Estado español ha habido un avance importante con la aprobación de la 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.

Con esta ley el Estado español garantiza el derecho de igualdad de trato y no discriminación para todos los ciudadanos y ciudadanas con discapacidad, tal como establece la propia Constitución Española en su artículo 14 donde proclama la igualdad ante la ley de todos los españoles y españolas.

En su preámbulo indica que “el 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que recoge el derecho de igualdad ante la ley en su artículo 12. Este Tratado internacional tiene el propósito declarado de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos efectivos de las personas con discapacidad y se convierte en un elemento esencial para cumplir con los compromisos adquiridos internacionalmente por España”.

A este respecto, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así lo recoge el artículo 29 del Tratado citado, que conmina al Estado “a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública”.

¹⁹ Martínez-Pujalte, A., *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo*, Aranzadi, Pamplona, 2018, página 59.

La regulación del derecho de sufragio vigente en España choca en este sentido con el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución, puesto que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en su artículo tercero apartado 1, apartados b) y c) disponía:

«1. Carecen de derecho de sufragio:

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) 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.»

Sobre esta exclusión de un derecho fundamental, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en el examen al que sometió a España en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención, aprobó en sus observaciones finales, en su 62.^a sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011, la siguiente recomendación respecto del derecho de participación en la vida política y pública recogido en el artículo 29 del Tratado

«47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción.

El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

«48. El Comité recomienda que se revise 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. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, 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. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales.»

A tenor de lo anteriormente expuesto, y de acuerdo al compromiso adquirido por el Estado español –con la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad– de garantizar el pleno y efectivo ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, queda modificada en la forma siguiente:

Uno. Se suprimen los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3.

Dos. El punto segundo del artículo 3 quedará redactado de la siguiente forma:

«2. 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.»

Tres. Se añade una disposición adicional octava con la siguiente redacción:

«A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 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.»

Cien mil personas con discapacidad intelectual han podido ejercer su derecho al voto por primera vez en los comicios españoles celebrados el 28 de abril de 2019. Este es un pequeño avance en materia de igualdad y accesibilidad, ya que todavía queda mucho recorrido hasta que puedan alcanzar una plena participación en la vida política española.

Los partidos políticos, unos más y otros menos, han procurado que mediante la lectura fácil puedan conocer el alcance de sus respectivos programas y con ello, valorar lo que es mejor

para su colectivo. De igual forma, en los colegios electorales se ha visto por primera vez la accesibilidad de forma que tanto las personas con discapacidad visual o ciegas como las personas sordas han podido ser ayudadas a la hora de elegir las papeletas e introducir el sobre en la urna.

España con ello, se suma a otros países europeos que tampoco vetan a las personas con discapacidad ni prohíben ejercitar su derecho al voto, entre las que se encuentran, Austria; Croacia; Italia; Letonia; Suecia; Holanda y Reino Unido.



2.3 La Observación General número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Comité tiene competencia para recibir peticiones o denuncias de personas de un Estado Parte y puede decidir sobre la admisibilidad de la denuncia y hará llegar sus sugerencias y recomendaciones si concluye que se ha producido una violación. El Comité se encuentra asimismo facultado para realizar investigaciones, que pueden incluir una visita al territorio si el Estado está de acuerdo, cuando exista información fiable de violaciones graves o sistemáticas de derechos de personas con discapacidad.

El Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, mediante sus observaciones generales, complementan, precisan o interpretan preceptos de especial relevancia de la CDPD. Tiene una labor interpretativa, a través de las Observaciones Generales mediante las cuales se desarrolla el contenido de ciertos derechos que han sido identificados previamente.

Hasta la fecha ha elaborado cuatro Observaciones de la que destaco la Observación General N°1 sobre Capacidad Jurídica (artículo 12 igual reconocimiento como persona ante la ley)²⁰. En dicha observación indica que la igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad, simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar que las personas con discapacidad tengan ese derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás.

El Comité celebró foros interactivos para discutir sobre la capacidad jurídica y llegó a la conclusión que entre las obligaciones de los Estados partes no se ha comprendido que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas.

²⁰ Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014, CRPD/C/11/14.

Indica también que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la CDPD especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo “en todas partes”, es decir que con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho.

Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas.

A pesar de que el artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a la salud, su educación y su trabajo. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia, no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12.

En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica.

En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin.

En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.

El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. El tipo de apoyo y la intensidad del mismo variará notablemente de una persona a otra, debido a la diversidad de las personas con discapacidad

En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de estas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas.

En el artículo 12, párrafo 5, se obliga a los Estados partes a adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones que las demás.

2.4 La recepción de la Convención por los órganos judiciales españoles

Desde la entrada en vigor de la Convención en el Derecho español, no son abundantes los pronunciamientos judiciales, aunque disponemos de relevantes sentencias, de gran importancia cualitativa, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Si bien las provenientes de los Tribunales Superiores de Justicia son bastante escasas ²¹.

Torcuato Recover Balboa nos indica que en los años de vigencia de la Convención, los tribunales han tenido que pronunciarse respecto de cuestiones que han planteado la Fiscalía -que especialmente ante el Tribunal Supremo, ha tenido una posición de ariete a favor de la Convención- y los letrados, en los que se argumentaba la adecuada aplicación de la CDPD para revisar decisiones de tutela o nombramiento de tutores o curadores realizados al margen, o incluso en contra, de los deseos del curatelado, infringiendo con ello la obligación expresamente prevista en la Convención, de respetar la voluntad y preferencias de las personas; o determinar la provisión de apoyos, evitando las sentencias anteriores, que ante una situación de discapacidad intelectual, establecían fallos genéricos determinado la total incapacidad ²².

Las sentencias dictadas todavía no acaban de asumir íntegramente el espíritu de la Convención, procurando llevar un maridaje entre lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD y todo lo dispuesto en el Código Civil en derechos de la capacidad jurídica. Sigue subsistiendo como criterio de interpretación el de protección, o el de mejor interés de la persona que siempre ha inspirado la legislación y la jurisprudencia en esta materia pero sin reivindicarse con el de la libre voluntad y preferencia de la persona.

²¹ DE LORENZO GARCIA, R. y PALACIOS, A., en *La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: una década de vigencia*, directores PÉREZ BUENO, L. y DE LORENZO, Ediciones CINCA, Madrid, 2016, páginas 52 y ss.

²² RECOVER BALBOA, T., *La igual capacidad jurídica y los apoyos a la toma de decisiones: una reforma inaplazable en Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo*, director A.L. Martínez-Pujalte, Aranzadi, Pamplona, 2018, páginas 174 y ss.

Como he indicado anteriormente se han dado pasos en las resoluciones judiciales dictadas con la entrada en vigor del texto de la Convención, pero hace falta una reforma legal que cambie los criterios hermenéuticos usados por los juzgadores y operadores jurídicos en general.

Seguidamente incorporo algunas sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

A) Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha aplicado la Convención en el marco de recursos de amparo, sirviéndose de dicho texto para interpretar el alcance de los distintos derechos fundamentales objeto de tutela en los supuestos de personas con discapacidad.

En la Sentencia 7/2011, de 14 de febrero y 77/2014, de 22 de mayo, destacó la relevancia de la Convención en el marco de la garantía del acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada y la defensa.

En la primera de ellas se analizó si se habían vulnerado los derechos a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías por haberse seguido el procedimiento sin hacer posible la comparecencia personal al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio o, subsidiariamente, del derecho de tutela judicial efectiva por haberse denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra una Sentencia de incapacitación.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, señalando que, en un proceso de incapacitación, el derecho a la asistencia letrada y a la defensa previsto en el artículo 24.2 CE “despliega todo el potencial”, y ello “no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento”, conclusión que extrae, además del precepto constitucional, del artículo 13 de la Convención, relativo al acceso a la justicia.

Dicho precepto, junto con el artículo 2 de la Convención, se invocó también en la Sentencia 77/2014, de 22 de mayo, en la que, recordando el Tribunal que en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad (en ese caso, los

artículos 24.1 y 24.2 CE), desde la perspectiva del artículo 10.2 CE, “cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, concluyó, en dicho supuesto, que la existencia de indicios de discapacidad intelectual en el acusado¹⁴¹ imponía a los órganos judiciales “un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto”.

Por su parte, en su Sentencia 10/2014, de 27 de enero, el Tribunal invocó la Convención en el contexto del análisis del derecho a la educación. El Tribunal se apoyó en el artículo 2 de la Convención –en lo que respecta a la definición de los “ajustes razonables” para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades–, y en el reconocimiento en sus artículos 24.1 y 24.2 del derecho a la educación inclusiva, para señalar que del marco normativo aplicable en su conjunto “se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad”. Incidió asimismo en que “la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas con discapacidad y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial”, en clara referencia a la Convención. La Sentencia concluye, en el supuesto concreto, que la escolarización en un centro de educación especial no podía reputarse como irrazonable o discriminatoria, si bien se formularon dos votos particulares (Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos) en los que se consideró que, precisamente con apoyo en las premisas asumidas en la Sentencia, debió exigirse un plus de motivación en la resolución administrativa para justificar, por ejemplo, la improcedencia de soluciones intermedias como la prestación de apoyos en un centro de educación ordinario²³.

²³ De hecho, dicha Sentencia ha sido objeto de críticas, por ejemplo, en “*La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos*”, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, “*La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de los derechos a los hechos*”

Finalmente, cabe destacar la Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, en la que se examinaba un supuesto de presunta vulneración del derecho a la libertad personal en el contexto de un ingreso no voluntario en un centro socio-sanitario, en el que se planteaban cuestiones más bien relacionadas con el procedimiento seguido y el preciso control judicial. El Tribunal recordó que “los convenios internacionales en materia de derechos de personas discapacitadas” (sin citar expresamente la Convención, que sin embargo había sido invocada por las partes) y los derechos que la misma reconoce y los aspectos que la misma regula, no son incompatibles con los procesos en materia de capacidad y, en ese supuesto, no había motivo para dudar de que serían tenidos en consideración por el Juez competente.

B) Tribunal Supremo

En relación con los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que la Convención ha sido objeto de debate, aplicación o análisis, a continuación se destacan a título de ejemplo algunos en áreas particularmente destacables, como son la capacidad, el empleo público y la educación.

En el área de la capacidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 contiene por primera vez una reflexión sobre la compatibilidad de los sistemas de incapacitación españoles, considerados como medidas de protección, con la Convención (en particular, sus artículos 2, 3 y 12).

Con apoyo en un amplísimo excursus del Ministerio Fiscal al respecto, el Tribunal concluye, en interpretación conjunta de la Constitución y la Convención y partiendo de las diferentes situaciones que puede plantear la discapacidad, que el sistema de protección del Código Civil seguiría vigente, si bien con la siguiente lectura: “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 [...]” y “2º la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias, [...]”. Se concluye que se trata de un sistema de protección de la persona afectada únicamente. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado posteriormente en prácticamente todas las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en la materia.

Con posterioridad (Sentencias de 17 de julio de 2012 y de 24 de junio de 2013, por ejemplo) y, particularmente, desde sus Sentencias de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo, en aplicación de la Convención, ha asumido el criterio de modular o flexibilizar con particular cautela y de conformidad con un criterio restrictivo las decisiones en este ámbito, considerando la referida Convención y los derechos que en la misma se reconocen.

Así, atiende a los problemas relativos a las personas judicialmente incapacitadas de manera parcial, que conservan un determinado ámbito de autonomía y destacando que su voluntad, en consecuencia, debe ser respetada en aquellos ámbitos, si bien manteniendo la vigencia de la institución de la incapacitación y de los mecanismos de tutela y curatela. Eso sí, se inclina por este último, “desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención” (Sentencia de 11 de octubre de 2012). En este sentido, cabe citar sus Sentencias de 20 de octubre y 27 de noviembre de 2014, 29 de abril, 13 de mayo, 14 de octubre y 19 de noviembre de 2015.

Por su carácter reciente y su relevancia pública, puesta de manifiesto en la reacción a que ha dado lugar y a la que se hará mención, procede resaltar especialmente la reciente Sentencia, de 17 de marzo de 2016, en la que se analizó el supuesto de la privación del derecho de sufragio activo en el contexto de un procedimiento de incapacitación.

El Tribunal Supremo concluye que “la decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”.

Atendiendo al análisis realizado en la instancia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por considerar que en el procedimiento no se había actuado de forma rutinaria, sino con atención específica a las circunstancias concurrentes, criterio que no habrían compartido el Ministerio Fiscal ni los recurrentes.

En materia de empleo público, en su Sentencia, de 5 de octubre de 2009, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de analizar el cumplimiento en una convocatoria de pruebas selectivas de la obligación de reservar el 5% de las plazas para personas con discapacidad. El Tribunal señala que el artículo 59 del EBEP establece la reserva “sobre el conjunto de la oferta de empleo público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso”, “ampliación que está de acuerdo con las previsiones del artículo 27 de la Convención”. Concluye el Tribunal en ese supuesto que, “aunque se haya respetado el porcentaje general de reserva general, se ha incumplido la obligación de aplicar la reserva a las plazas de promoción interna”. Posteriormente, en su Sentencia, de 19 de marzo de 2014, el Tribunal Supremo examinó, como argumentaba el recurrente, “si el Tribunal Calificador del procedimiento selectivo litigioso venía obligado a establecer unos específicos criterios de calificación a las personas con discapacidad que aseguraran que al final de dicho procedimiento quedarán cubiertas las ocho plazas que la convocatoria reservaba para ellas”.

A este respecto, el Tribunal consideró, con referencia a la jurisprudencia previa (Sentencia de 18 de octubre de 2007) que “se trata de una reserva de plazas para personas con discapacidad que no dispensa a estas de superar las pruebas selectivas con el mínimo que haya sido establecido en la convocatoria, pero dicha reserva, para que realmente lo sea, comporta necesariamente lo siguiente: que quienes opten por acceder a través de este cupo, y una vez hayan alcanzado esos mínimos de la convocatoria, no compiten con la totalidad de los aspirantes sino solamente con los que participen en el proceso selectivo a través del tan repetido cupo”.

En este contexto, el Tribunal destacó que en la Convención, que había sido invocada expresamente por el recurrente, así como en otras normas “de Derecho internacional y de la Unión Europea”, falta “una específica imposición sobre que la evaluación de la capacidad profesional haya de hacerse con pautas cualitativas diferenciadas”.

Finalmente, cabe destacar asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2015, en la que se planteó por el recurrente, en lo que aquí interesa, que fuera anulado el criterio de corrección por el que se aplicó a ambos turnos el mismo corte, aplicando al turno de personas con discapacidad el corte correspondiente al mínimo establecido en la convocatoria de acuerdo con las reglas aritméticas previstas en la misma.

El Tribunal reiteró los términos de su previa Sentencia, de 19 de marzo de 2014, señalando nuevamente que la Convención no se contraponía a su conclusión, y puntualizó que “no se trata de ausencia de sensibilidad del tribunal respecto de las personas con discapacidad, como aduce el recurrente, sino del respeto a las normas que regulan un proceso selectivo en que la Orden de la convocatoria exigía, a las personas con discapacidad, a las que se reservaban 3 plazas, que alcanzaran la puntuación mínima exigida para superar los dos ejercicios, 10 puntos”.

Incidió igualmente el Tribunal, abundando en la anterior idea, en que “las medidas de discriminación positiva establecidas a favor de las personas con discapacidad no autorizan a establecer para ellas distintos criterios técnicos de calificación de sus méritos y capacidad, pues en esta concreta materia (el de la idoneidad profesional mínima exigible para acceder a la función pública) rigen sin salvedad los mandatos de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE; (2) que esas medidas o beneficios sólo pueden ser aplicadas a quienes hayan superado el umbral mínimo de profesionalidad, común a todos los aspirantes, y, por ello, su significación es que, en el turno de plazas reservadas a personas con discapacidad, estas sólo compiten con quienes concurren por este turno; y (3) que en el planteamiento de la actual casación debe ser respetada la declaración de la sentencia recurrida de que no fue errónea o arbitraria la calificación del recurrente por debajo de ese mínimo de profesionalidad”¹⁴⁶.

Merece la pena destacar la Sentencia, de 9 de mayo de 2011, en materia de educación, en la que se estima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia, de 4 de diciembre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

En la instancia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia había tenido en cuenta la Convención que, aunque no era aplicable *ratione temporis*, “revela la consideración de España por la escolarización de menores con necesidades educativas específicas” y conforme a la cual concluía que había de considerarse que la actuación administrativa en este contexto

no es graciable, sino que ha de ajustarse a dicha Convención. En todo caso, desestimó el recurso por entender que, en dicho caso, la actuación administrativa se había ajustado a Derecho en el marco de la escolarización de unos niños con Trastorno de Espectro Autista.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación, consideró que los referentes invocados por el Tribunal Superior de Justicia no eran trasladables al supuesto concreto, señalando lo siguiente: “Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de las personas con discapacidad que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad”.

También es de interés, la sentencia dictada por la Sala 1ª, de 16 de mayo de 2017, nro. 298/2017, rec. 2759/2016, cuyo Fundamento Jurídico Quinto, deja establecido que: “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de apoyos para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (artículo 12.3).

Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, 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 y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y

efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (artículo 12.4 de la Convención.”

El sistema de apoyos, a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, que junto a la guarda de hecho y el defensor judicial pueden resultar eficaces para la protección de la persona. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

En la sentencia de la Sala 1ª, de 4 de abril de 2017, nro. 216/2017, rec. 56/2016, se introduce de que las valoraciones judiciales relativas a la capacidad sean objeto de revisión periódica por los tribunales, lo que viene a modificar una línea judicial constante en nuestro país conforme a la cual lo establecido en una sentencia dictada en estos procedimientos solo podía ser objeto de nueva consideración si se procedía a formular una nueva demanda de revisión, a tenor de lo establecido en el artículo 761 LEC.

En la sentencia de 20 de octubre de 2016, se impone la necesidad de graduar, determinar el contenido de las sentencias, y de los apoyos que en la misma se establezcan. Se considera procedente que se aplique la curatela y no la tutela desde un modelo de apoyo y de asistencia justificando que la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela está pensada para incapacitaciones parciales, atribuyéndose al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad.

3. SÍNTESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 21/09/2018 DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El Consejo de Ministros ha informado en primera vuelta el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, afectando especialmente a la intelectual y es una consecuencia de una plena adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de la Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Las leyes afectadas por esta reforma son el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil.

El objeto del anteproyecto de ley es llevar a cabo las reformas sustantivas y procesales necesarias para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias contenidas en el art. 12 de la Convención de Nueva York. Este precepto proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados a poner en marcha medidas apropiadas que permitan a las personas con discapacidad tener acceso al apoyo necesario en cada caso para ejercer de forma plena su capacidad jurídica.

La reforma tiene como principio general cambiar el sistema vigente en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

Se trata de prestar apoyo a la persona que pueda tener dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar, con medidas como acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad y la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Estas medidas han de ser proporcionales a las necesidades de la persona y al mismo tiempo revisables periódicamente, atendiendo a su evolución.

Esta nueva regulación da preferencia a las medidas preventivas que puede tomar la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo, como son los poderes y mandatos

preventivos, a la vez que potencia otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho.

Se regulan las instituciones de la curatela y el defensor judicial

Se reserva la tutela para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, para los menores no emancipados en situación de desamparo. La reforma afecta también a otras normas relativas al Derecho Internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones y de contratos.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó el informe avalando el anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Justicia. El dictamen obtuvo el voto unánime de los 21 vocales que integran el Pleno, conteniendo un juicio favorable en términos generales a esta reforma legislativa, especialmente desde el punto de vista del respeto a los principios y valores contenidos tanto en la Constitución como en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006.

La reforma, concluye el informe, permitirá hacer efectivos los derechos que la Convención reconoce a las personas con discapacidad con el fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación.

En este informe el CGPJ considera que para la efectividad de la reforma y el pleno cumplimiento de los fines perseguidos ha de introducirse mejoras en la planta judicial, al ser necesarios más órganos para dar una respuesta adecuada a la carga de trabajo que se derivará de aquella, así como seguir avanzando en la especialización de los mismos. El anteproyecto diseña un nuevo régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad cuyo eje central es la consideración de que las personas que tienen alguna discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional “son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas”. Para el pleno y adecuado ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, debe garantizarse su acceso a medidas de apoyo adecuadas a sus necesidades.

Para adaptar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias de la Convención, el anteproyecto acomete una profunda reforma de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil consistente en la desaparición de la declaración judicial de incapacidad y de la

modificación judicial de la capacidad, por considerar que son mecanismos incompatibles con el pleno reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas de las personas con discapacidad. Desaparecen, asimismo, los términos “incapaz” e “incapacitación” del lenguaje jurídico. El anteproyecto prioriza el autogobierno y la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como su voluntad, deseos y preferencias.

La intervención judicial se mantiene, pero no para modificar la capacidad sino para establecer “el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar”. Con la reforma, la curatela se convierte en el sistema de guarda legal para aquellos casos en que no exista una medida de apoyo adecuada o suficiente para la persona con discapacidad, teniendo carácter representativo solo de forma excepcional.

Tal como indica el informe del CGPJ, la desaparición del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, al dejar espacios ajenos al control de los jueces. Por esta razón, el CGPJ recomienda “conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización” de la persona con discapacidad “con el debido control judicial, que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad”.

En cuanto al desarrollo de las medidas de apoyo, el CGPJ señala que debe evitarse que resulte gravoso para quien las ejerce y que suponga un gasto difícilmente asumible para la persona con discapacidad. Por ello, con el fin de dotarlo de eficacia, recomienda “la articulación de mecanismos asistenciales, predominantemente públicos”.

La Fundación Derecho y Discapacidad²⁴, hizo aportaciones al anteproyecto de ley, indicando que en líneas generales merece una valoración positiva, sobre todo por cuanto abandona cualquier idea de modificación, restricción o privación de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar, siendo coherente con el art. 12.2 de la CDPD, que exige que se reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las

²⁴ www.fderechoydiscapacidad.es, publicada el 10 de octubre de 2018 en Noticias, (consultada el 21/05/2019).

demás. Con la nueva regulación propuesta, las personas con discapacidad gozarán en España de plena capacidad jurídica, instituyendo medidas de apoyo para que puedan ejercerla.

También indica que con este anteproyecto de Ley se advierte un claro cambio de paradigma sustituyendo el interés superior de la persona con discapacidad por el respeto a la voluntad y las preferencias. En este sentido en nuevo artículo 248 del Código Civil, dispone que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”.

En dichas observaciones la FDD plantea sin embargo serias dudas a la regulación de la guarda de hecho pues ante una situación en que una persona con discapacidad tiene alguien que le apoya, sin supervisión judicial y sin que se encuentre adecuadamente precisado cuáles son las facultades del guardador de hecho.

Pone serias dudas a la regulación de la curatela, poniendo varios aspectos dudosamente compatibles con el respeto de la libertad, voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, indican que se debe de limitar de manera mucho más estricta los supuestos en que la curatela puede ejercer funciones representativas, pues de lo contrario nos encontramos ante una pervivencia de la antigua tutela con un simple cambio de denominación.

El texto legal, según la FDD no precisa en qué consiste la prestación de apoyos. La disposición del párrafo tercero del artículo 248, indica que las personas que presten apoyo procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola a su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Sin embargo, da la impresión de que esta definición, que es el núcleo central de las funciones de apoyo, se indica como un aspecto meramente complementario que simplemente se intentará en la medida de lo posible. Y no queda suficientemente claro cuál es el régimen de validez y eficacia de los actos jurídicos de la persona necesitada de apoyo. También ponen reparos a la reforma de la legislación procesal pues indican que da la impresión de que se ha limitado en muchos casos a sustituir el término “incapacitado” por “persona con discapacidad”, indicando como indispensable que la reforma de nuestra legislación procesal debe estar acorde a la Convención.

Posteriormente la Fundación hace unas propuestas de modificaciones concretas en los artículos reformados por el Anteproyecto.

En el artículo 269 propuesto se debería tratar si debe prevalecer en todo o en parte la voluntad del declarante, quedando con carácter dispositivo la normativa general que la ley establece para el curador.

Según mi criterio, debería prevalecer la voluntad del declarante en la autotutela sobre esa normativa general, con las excepciones concretas que deberán ser concretadas en la resolución judicial.

El régimen común de la tutela del artículo 285 debería regir como norma imperativa y el régimen especial de la tutela debería regir como norma de carácter supletorio.

Siempre debe de prevalecer las disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela que indique el proponente, que es la persona en pleno uso de sus facultades en estado de lucidez, trata de prevenir un futuro en materia de discapacidad. La autoridad judicial debe salvaguardar el respeto a estos derechos y a la voluntad de la persona y sólo se podrá separar de ella en los términos y por los procedimientos previstos en el artículo 270.

En la tutela, el artículo 267 establece que la autoridad judicial deberá determinar los actos para los que se requiere la intervención del curador, pero no hay ninguna previsión semejante respecto de la guarda de hecho ni del defensor judicial.

Cuando no haya medidas preventivas se debe de confiar en la figura del guardador de hecho, muchas personas con discapacidad no disponen de un tutor o curador y sí cuentan con un apoyo en el ámbito familiar, por lo que se debe seguir apostando por ésta figura que con la previa autorización judicial ad hoc, puede hacer actos con terceros, siempre obligadas a la rendición de cuentas para tratar de evitar posibles abusos.

Observo también que en el nuevo texto se hacen continuas referencias a la necesidad de oír en el procedimiento a la persona con discapacidad indicando *si tuvieran suficiente madurez*, pero no se dice que se debe entender por *suficiente madurez*, ni cómo ni quien debe de acreditarla, para que de esta forma quien no tuviese esa suficiente madurez pudiese contar con los apoyos necesarios para tomar sus propias decisiones. De esta forma, en el caso de que sea apreciada esa insuficiencia de madurez, su voluntad será sustituida sin más.

El movimiento social de la discapacidad representado por el CERMI²⁵, que ha participado activamente en la preparación de la propuesta a través de un diálogo constructivo con Justicia, considera este Anteproyecto un buen material de partida, un avance histórico para adecuar la legislación española a la Convención Internacional que garantiza la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que espera seguir perfeccionando con propuestas de mejora en la fase de consultas, así como en la posterior tramitación parlamentaria, en la que pedirá el apoyo de todos los Grupos políticos. “Hoy es un día importantísimo para las personas con discapacidad”, resumió Mariano Casado, presidente de Plena Inclusión Madrid.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006 (BOE nº 26 de 21 de abril de 2008) vinculante, insta a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes (también, jurídico-legislativas) para que las personas con discapacidad reciban el apoyo que puedan necesitar para ejercitar su capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad jurídica no es otra cosa que la “capacidad de ejercicio” o “capacidad de obrar, respetando su voluntad; como señala la exposición de motivos de la reforma, en su apartado III, “La reforma que el artículo primero introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal”; la base o cimiento de la regulación es el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, luego, instituciones como la autoguarda, el mandato de protección y, en definitiva, la participación directa de la persona con discapacidad en la toma de decisiones que le afectan, alcanzan relevancia prioritaria, aunque para la toma de decisiones la persona con discapacidad precise de apoyos.

²⁵ www.cermi.es, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, www.plenainclusion.org (16/05/2019)

En la nueva normativa el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad y las bases sobre las que se asienta la nueva regulación se materializa ²⁶:

1ª.- El sistema descansa sobre la preferencia de las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial; en tal sentido y como ejemplos, la regulación pormenorizada, de los poderes y mandatos preventivos, (artículos 254 a 260), así como la de la autoguarda (artículos 269-279) y el artículo 250 que establece la participación del menor de diecisiete años, y el respeto a su voluntad, deseos y preferencias en el proceso de establecimiento de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica que razonablemente se prevean que serán necesarias después de alcanzada la mayoría de edad.

2ª.- La participación de las personas con discapacidad en la toma de decisiones que les afecten y la voluntad de éstas, sus deseos y preferencias como guía del legislador, del contenido de las medidas y de la actuación de la persona que presta apoyo; como ejemplos, en este sentido, el artículo 94 que prevé la audiencia y toma de decisión de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados en relación al derecho de visitas con el progenitor que no convive con ellos; el artículo 252 in fine que tras posibilitar que la persona que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo pueda establecer las reglas de administración y disposición de aquellos y designar la persona o personas a las que se encomienden estas tareas establece que las facultades no conferidas por el disponente corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda; se regula como causa de extinción (artículo 265.1º) de la guarda de hecho, la solicitud de la propia persona a quien se presta apoyo para que éste se organice de otro modo o la regla del artículo 269 último párrafo que establecida para evitar la concurrencia de dos procedimientos contradictorios (“una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador”) y resolviendo la cuestión por el principio de prioridad, dispone que la autoridad judicial deberá

²⁶ Taller Práctico sobre la Reforma de Ley en materia de discapacidad. Inmaculada Espiñeira Soto, notaria de Santiago de Compostela, www.notariosyregistradores.com, (consultado 12/05/2019)

tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo y, sobre todo, la norma- nuevo artículo 280- que en materia de ejercicio de la curatela y en situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y ante esta situación de imposibilidad quepa recurrir a la sustitución en la toma de decisiones o a la representación, establece que el curador cuando actúe con facultades representativas deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyos y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación.

3ª.- Se abandona el instituto de la incapacitación seguido del nombramiento de tutor o curador y en sintonía con la Convención se opta por un sistema de medidas de apoyo. El establecimiento de medidas de apoyo no precisa de declaración previa de incapacitación o de modificación de una capacidad que, como señala la exposición de motivos de la reforma, resulta inherente a la condición de persona humana y por ello, no puede modificarse. La idea central del nuevo sistema es el de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que es término amplio y que engloba todo tipo de actuaciones: acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, entre otras.

4ª.- Se opta preferentemente por un sistema de medidas de apoyo asistencial en la toma de decisiones y no por un sistema de sustitución de la voluntad del asistido por la de la persona que le asiste; el objetivo de la Convención y, por consiguiente, el sentido de la reforma es adoptar medidas asistenciales para apoyar a una persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no para sustituir de forma estandarizada su voluntad y autonomía. Se suprime, la sustitución ejemplar, ya que como señala la STS de 14/04/2011 (número de resolución 289/2011) los sustitutos designados heredan al sustituido y no al ascendiente sustituyente, quien hace el testamento por el sustituido incapaz.

5ª.- Criterio de necesidad; las medidas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona y debe tenerse en cuenta el grado en que dichas medidas afecten a los derechos e interés de las personas; por esta razón se refuerza la guarda de hecho (artículos 261-265 CC) que se transforma en medida de apoyo, ya que si ésta se manifiesta suficiente y adecuada para salvaguardar los intereses de la persona que necesita apoyos no es necesario recurrir a otra medida que conlleve una investidura judicial que la persona con

discapacidad no desea y que tampoco es necesaria; en esta línea, la dicción del artículo 267 del CC en la reforma que dispone que la curatela se constituirá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad; por la misma razón, entre otras, se refuerza la regulación de los poderes y mandatos preventivos, artículo 256 del CC, los cuales mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo; compete al poderdante determinar formas específicas de extinción del poder y se establece como causa objetiva de su extinción la concurrencia en el apoderado de alguna de las causas previstas para la remoción del curador correspondiendo la legitimación para instar judicialmente la extinción del poder a cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y al curador, si los hubiere.

6ª.- Las salvaguardas deben impedir abusos, evitar el conflicto de intereses e influencias indebidas; para evitar abusos e influencias indebidas se sirve el legislador de la función del notario como apoyo técnico en la expresión de voluntad (artículos 251, 258, 665, 695, 753 CC entre otros, del anteproyecto).

7ª.- Las medidas de apoyo han de ser objeto de revisiones periódicas; el artículo 266 del CC proyectado establece que “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años”.

5. CONCLUSIONES

Las personas con discapacidad han estado marginadas desde la antigüedad hasta nuestros días al ser consideradas como personas que requieren la protección de la sociedad, lo que ha provocado en ellas más simpatía que respeto.

A estas personas a menudo se les niegan derechos y oportunidades que les hagan partícipes plenos en la sociedad lo que les impiden integrarse en ella y ser aceptados.

Los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos serían suficientes para proteger a todos, pero en la práctica ciertos grupos no disponen de esos derechos, siendo discriminados de manera sistemática, entre ellos las personas con discapacidad.

Todas las personas somos diferentes y tenemos distintas capacidades. Tener una discapacidad no debe ser motivo de discriminación. Todos tenemos aptitudes que pueden ser útiles para todos los demás.

El Derecho pretende que las personas con discapacidad sean tratadas exactamente igual que a todas las demás, sin que haya diferencias de trato motivadas por la discapacidad, por ello la Asamblea General de las Naciones Unidas, previa negociación con los Estados y la participación de instituciones de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tanto la Convención como su Protocolo, desde el mismo momento de su ratificación, entran a formar parte del ordenamiento Jurídico, constituyéndose en Fuente de Derecho y de obligado cumplimiento.

Con la Convención, existe por primera vez un instrumento internacional jurídicamente vinculante, que garantiza que todos los Estados firmantes fomenten y protejan los derechos de las personas con discapacidad, considerando la discapacidad como un problema de Derechos humanos y no como hasta entonces que lo veían como un problema médico, caritativo o de dependencia. Con ella se hace que las sociedades reconozcan que es necesario proporcionar a todas las personas la oportunidad de vivir la vida con la mayor plenitud posible, sea como fuere.

La importancia de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico hace que las resoluciones judiciales actuales estén vinculadas a adoptar posturas fundamentadas en ella, tomando las decisiones, ya no por un sistema de sustitución de la capacidad, como la tutela que conlleva la discapacidad, sino por un sistema de apoyo donde se respete la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, con figuras jurídicas como la autotutela, poderes preventivos o la asistencia.

En España a pesar de haber un avance en este tema hacía falta una reforma que supusiera un avance para que las personas con discapacidad pudiesen actuar jurídicamente en igualdad de condiciones que el resto, con los apoyos necesarios para tomar sus propias decisiones.

Con el Anteproyecto de Ley aprobado en septiembre de 2018 por el Gobierno de España hay una reforma muy importante en la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, proclamando la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad cambiando la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones por el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas, que serán encargadas de tomar sus propias decisiones.

Cuando se apruebe y entre en vigor esta Ley se habrá dado un gran paso para la igualdad de derechos de las personas con discapacidad pero se tiene que plasmar en una realidad avanzando en las resoluciones judiciales en cuanto a la discriminación de estas personas y sobre todo en que la sociedad avance en cuanto a facilitar esa realidad social y que cada vez más vean que estas personas deben ser tratadas en igualdad de condiciones sin ningún tipo de discriminación y que nuestros gobernantes aporten todo lo necesario para facilitar que esta igualdad se convierta en una realidad efectiva.

ANEXO

Tablas Comparativas Anteproyecto de Ley reforma Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad ²⁷

CODIGO CIVIL

LEY ACTUAL	ANTEPROYECTO
<p>Art. 15.</p> <p>1. El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:</p> <p>Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.</p>	<p>Tres. El segundo párrafo del artículo 15.1 queda redactado en los siguientes términos:</p> <p>«Esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal.</p> <p>Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.»</p>
<p>Art. 20.</p> <p>2. La declaración de opción se formulará:</p> <p>a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización</p>	<p>Cuatro. El artículo 20.2 se redacta del siguiente modo:</p> <p>«2. La declaración de opción se formulará:</p> <p>a) Por el representante legal del optante menor de 14 años. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil, previo dictamen del</p>

<p>se concederá en interés del menor o incapaz.</p> <p>b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.</p> <p>d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c).</p>	<p>Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor.</p> <p>b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de 14 años.</p> <p>d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise.</p>
<p>Art. 21.</p> <p>3. En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:</p> <p>c) El representante legal del menor de catorce años.</p> <p>d) El representante legal del incapacitado o el incapaz, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación</p>	<p>Cinco. Se modifican las letras c) y d) del artículo 21.3 con el siguiente texto:</p> <p>«c) El representante legal del menor de catorce años, quien sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización conforme a lo previsto en la letra a) del apartado 2 del artículo anterior.</p> <p>d) El interesado con discapacidad, con los apoyos que, en su caso, precise.»</p>
<p>Art. 81.</p> <p>Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:...</p>	<p>Siete. Se modifica el párrafo primero del artículo 81, que queda redactado así:</p> <p>«Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:»</p>

<p>Art. 94.</p> <p>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 dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.</p>	<p>Diez. Se da nueva redacción al artículo 94, que queda redactado así: «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.</p>
<p>Art. 112.</p> <p>La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario.</p> <p>En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada.</p>	<p>Doce. Se da nueva redacción al párrafo segundo del artículo 112, con el siguiente tenor:</p> <p>«En todo caso conservarán su validez los actos otorgados, antes de que la filiación hubiere sido determinada, en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad, los realizados conforme a las medidas de apoyo relativas a estos actos.»</p>
<p>Art. 121.</p> <p>El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación</p>	<p>Trece. El artículo 121 se redacta con el siguiente texto:</p> <p>«El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez</p>

<p>judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.</p>	<p>aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.</p> <p>Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto, se instruirá, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el correspondiente incidente de modificación de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin.»</p>
<p>Art. 124.</p> <p>La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido.</p> <p>No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.</p>	<p>Catorce. El artículo 124 se redacta conforme se indica a continuación:</p> <p>«La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.</p> <p>El consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo.</p> <p>No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción,</p>

	<p>será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.»</p>
<p>Art. 125.</p> <p>Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz.</p> <p>Alcanzada por éste la plena capacidad podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido.</p>	<p>Quince. El artículo 125 se redacta del siguiente modo:</p> <p>«Cuando los progenitores del menor fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial, que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al interés del menor.</p> <p>Alcanzada por este la mayoría de edad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido.»</p>
<p>Art. 137.</p> <p>1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrare capacidad suficiente a tales efectos.</p> <p>El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.</p>	<p>Dieciséis. Se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 137, que quedan del siguiente tenor:</p> <p>«1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.</p> <p>Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo dispuestas judicialmente que exijan la actuación de curador para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo.</p> <p>Si se tratare de persona con discapacidad, el curador facultado para ello o, en su</p>

<p>2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.</p>	<p>defecto, el Ministerio Fiscal, podrán ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.</p> <p>2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.»</p>
<p>Art. 156.</p> <p>La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...</p> <p>...</p> <p>En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.</p>	<p>Diecisiete. Se modifica el párrafo quinto del artículo 156 tal y como se indica:</p> <p>«En defecto, o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.»</p>
<p>Art. 171.</p> <p>La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad.</p>	<p>Dieciocho. Se suprime el artículo 171.</p>

El actual **TÍTULO IX De la incapacidad desaparece, en cuanto a su contenido**. Está formado por los artículos 199 al 214. Realmente sólo por sus tres primeros artículos, porque Los artículos 202 al 214 fueron derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicen lo siguiente:

Como consecuencia de ello, los contenidos de los actuales **títulos X y XI** son los más cercanos a los contenidos de los **nuevos títulos IX y X**

Ahora se incorporan **dos nuevos títulos** que suplen los huecos y con contenido que sólo en una pequeña parte se corresponde con el de algunos capítulos actuales:

Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad

Título XII: Asistencia en caso de prodigalidad y disposiciones comunes

El **actual TÍTULO XII**, Del Registro del estado civil, realmente carece de contenido al ser derogados los artículos 325 al 332 por la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil. A pesar de ello se mantiene, pasando a ser el **Título XIII**.

TEXTO ACTUAL	ANTEPROYECTO
<p>TÍTULO X</p> <p>De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados</p>	<p>«TÍTULO IX</p> <p>De la tutela y de la guarda de los menores</p>
<p>CAPÍTULO II De la tutela</p> <p>Sección primera.- De la tutela en general</p> <p>Art. 222.</p> <p>Estarán sujetos a tutela:</p>	<p>CAPÍTULO I De la tutela</p> <p>SECCIÓN 1.ª DISPOSICIONES GENERALES</p> <p>Artículo 199.</p> <p>Quedan sujetos a tutela:</p>

1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

2.º **Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.**

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.

4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.

Art. 223.

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la 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.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la

1º Los menores no emancipados en situación de desamparo.

2º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

Artículo 200.

Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de una entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por el Juez de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al Director del centro residencial o a la familia acogedora.

Artículo 201.

Los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Respecto a los apoderamientos preventivos, ver artículo de Inmaculada Espiñeira con modelos.

Respecto a los apoderamientos preventivos, ver R. 4 de noviembre de 2013 sobre título notarial y asiento.

Art. 224.

Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

Art. 225.

Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado..

Art. 226.

Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

Art. 227.

El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado,

Artículo 202.

Las designaciones a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada.

Artículo 203.

Cuando existieren disposiciones de los progenitores hechas en testamento o documento público notarial de los progenitores, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por la autoridad judicial, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado.

Artículo 204.

Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

Artículo 205.

El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor, podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.

Artículo 206.

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare,

podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.

Art. 228.

Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Art. 229.

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Art. 230.

Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.

Art. 231.

El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera

los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Artículo 207.

Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.

Artículo 208.

La autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente.

Artículo 209.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela.

Artículo 210.

La autoridad judicial podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime adecuadas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor y del estado de la administración.

<p>suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.</p> <p>Art. 232.</p> <p>La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.</p> <p>En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.</p> <p>Art. 233.</p> <p>El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.</p>	
<p>CAPÍTULO IV</p> <p>Del defensor judicial</p> <p>Art. 299.</p> <p>Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:</p> <p>1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta</p>	<p>CAPÍTULO II</p> <p>El defensor judicial del menor</p> <p>Artículo 234.</p> <p>Se nombrará un defensor judicial del menor en los casos siguientes:</p> <p>1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.</p>

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.

2. 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.

3. En todos los demás casos previstos en este Código.

Art. 299 bis.

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. En tal caso, cuando 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.

Art. 300.

En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.

2.º Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona.

3.º **Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 246 y 247**, y no lo puedan prestar los progenitores o exista con ellos conflicto de intereses.

Artículo 235.

Serán aplicables al defensor judicial del menor **las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad.**

CAPÍTULO V De la guarda de hecho

Art. 303.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, 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 de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores **y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho**, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

CAPÍTULO III La guarda de hecho del menor

Artículo 236.

1. 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 y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, **se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172.**

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Art. 304.

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor **o presunto incapaz** no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

CURATELA REDACCIÓN NUEVA:

CAPÍTULO IV

De la curatela

SECCIÓN 1.ª DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 266.

Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años.

Artículo 267.

La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.

Sólo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella.

Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa.

En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos.

Artículo 268.

La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo. Asimismo, podrá en cualquier momento exigir al curador que, en el ámbito de sus atribuciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquélla.

El Ministerio Fiscal podrá igualmente recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

SECCIÓN 2.^a DE LA AUTOCURATELA Y DEL NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

Subsección 1.^a De la autocuratela

Artículo 269.

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo.

Artículo 270.

La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela.

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Artículo 271.

Si al establecer la autcuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

Artículo 272.

Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Subsección 2.ª Del nombramiento del curador

Artículo 273.

Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función.

La autoridad judicial no podrá nombrar curador, por incurrir en causa de inhabilidad para el ejercicio de la curatela, a las personas siguientes:

1.º A quien haya sido excluido por la persona necesitada de apoyo.

2.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

3.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona necesitada de apoyo.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad.

Artículo 274.

La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por el necesitado de apoyo o la persona en quien este hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 270.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

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

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

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

4.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

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

La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona necesitada de apoyo.

Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar sus deseos y preferencias.

Artículo 275.

Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes.

Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando en lo posible la voluntad del necesitado de apoyo.

Artículo 276.

Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.

La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial.

Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

Artículo 277.

Será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento.

Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que lo sustituya, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si ésta fuera rechazada.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

Artículo 278.

El curador nombrado en atención a una disposición testamentaria que se excuse de la curatela por cualquier causa, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador.

Artículo 279.

El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo al patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

SECCIÓN 3.ª DEL EJERCICIO DE LA CURATELA

Artículo 280.

El curador tomará posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia.

Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.

El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella

en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración.

El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

SECCIÓN 4.ª DE LA EXTINCIÓN DE LA CURATELA

Artículo 289.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona afectada.

Asimismo se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo.



NUEVO TÍTULO XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad

CAPÍTULO I Disposiciones generales

Artículo 248.

Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad.

Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo

fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Artículo 249.

Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Artículo 250.

Cuando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

Artículo 251.

Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante.

Artículo 252.

El que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo, podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda.

Artículo 253.

Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO II

De los poderes y mandatos preventivos

Artículo 254.

El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad.

Artículo 255.

El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Artículo 256.

Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

El poderdante podrá establecer las medidas de control que considere oportunas, así como determinar formas específicas de extinción del poder.

Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.

Artículo 257.

Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.

Artículo 258.

Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública.

Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este.

Artículo 259.

El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.

Artículo 260.

Lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder.

TEXTO ACTUAL	ANTEPROYECTO
CAPÍTULO V De la guarda de hecho Art. 303. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial	CAPÍTULO III De la guarda de hecho Artículo 261. Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con

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 de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y **de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho**, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

Art. 304.

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.

Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

<p>Art. 306.</p> <p>Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.</p>	<p>Artículo 262.</p> <p>Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de esta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.</p>
<p>CAPÍTULO IV Del defensor judicial</p> <p>Art. 299.</p> <p>Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso 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. 2. 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. 3. En todos los demás casos previstos en este Código. <p>Art. 299 bis.</p>	<p>CAPÍTULO V Del defensor judicial</p> <p>Artículo 293.</p> <p>Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. 2.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 3.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 4.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. <p>Artículo 294.</p> <p>No se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar.</p>

<p>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. En tal caso, cuando 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.</p> <p>Art. 300.</p> <p>En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.</p> <p>Art. 301.</p> <p>Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.</p> <p>Art. 302.</p> <p>El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida</p>	<p>Artículo 295.</p> <p>Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador.</p> <p>Artículo 296.</p> <p>En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos cuando, con carácter general, estén previstos dichos requisitos.</p> <p>El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.</p>
<p>Art. 220.</p> <p>La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los</p>	<p>CAPÍTULO VI (NUEVO)</p> <p>Responsabilidad por daños causados a terceros</p>

<p>bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.</p>	<p>Artículo 297.</p> <p>La persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables.</p>
--	---

<p>TÍTULO XII</p> <p>Del Registro del estado civil</p>	<p>Veintitrés. El Título XII del Libro I del Código Civil pasa a ser el Título XIII.</p>
<p>TEXTO ACTUAL</p>	<p>ANTEPROYECTO</p>
<p>Art. 443.</p> <p>Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.</p>	<p>Veinticuatro. Se da nueva redacción al artículo 443, con el siguiente texto:</p> <p>«Toda persona puede adquirir la posesión de las cosas.</p> <p>Los menores necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.</p> <p>Las personas con discapacidad a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo pueden usar de los derechos derivados de la posesión conforme a lo que resulte de estas.»</p>

<p>Art. 663.</p> <p>Están incapacitados para testar:</p> <p>1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.</p> <p>2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.</p>	<p>Veinticinco. El artículo 663 se redacta como se indica a continuación:</p> <p>«No pueden testar:</p> <p>1.º La persona menor de catorce años.</p> <p>2.º La persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello.»</p>
<p>Art. 665.</p> <p>Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.</p>	<p>Veintiséis. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto:</p> <p>«Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.»</p>
<p>Art. 695.</p> <p>El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los</p>	<p>Veintisiete. El artículo 695 pasa a tener la redacción que se indica:</p> <p>«El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que</p>

<p>testigos y demás personas que deban concurrir.</p> <p>Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.</p>	<p>pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.</p> <p>Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.</p> <p>Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.»</p>
---	---



<p>Art. 697.</p> <p>Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:</p> <p>1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.</p> <p>2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.</p> <p>Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del</p>	<p>Veintiocho. Se suprime el número 2.º del artículo 697 y el número 3.º pasa a ser el número 2º, redactándose el artículo 697 como se indica a continuación:</p> <p>«Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:</p> <p>1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.</p> <p>2.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.»</p>
--	---

<p>Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.</p> <p>3.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.</p>	
<p>Art. 706.</p> <p>El testamento cerrado habrá de ser escrito.</p> <p>Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma.</p> <p>Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.</p>	<p>Veintinueve. Se da nueva redacción al párrafo tercero del artículo 706, del modo siguiente:</p> <p>«Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida.»</p>
<p>Art. 708.</p> <p>No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.</p>	<p>Treinta. El artículo 708 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«No pueden hacer testamento cerrado los que no sepan o no puedan leer.</p> <p>Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código.»</p>
<p>Art. 709.</p> <p>Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán</p>	<p>Treinta y uno. Se modifica el artículo 709, que queda redactado como sigue:</p> <p>«Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán</p>

<p>otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:</p> <p>1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706</p> <p>2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.</p> <p>3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.</p>	<p>otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:</p> <p>1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.</p> <p>2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.</p> <p>3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.</p> <p>Las personas ciegas o con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que le permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por él.»</p>
<p>Art. 742.</p> <p>Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.</p> <p>Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento</p>	<p>Treinta y dos. Se modifica el segundo párrafo del artículo 742 con el sentido que se indica a continuación:</p> <p>«El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la</p>

<p>del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.</p>	<p>autenticidad del testamento para su validez.»</p>
<p>Art. 753.</p> <p>Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.</p> <p>Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.</p>	<p>Treinta y tres. Se da nueva redacción al artículo 753, con el siguiente texto:</p> <p>«Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.</p> <p>Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.</p> <p>Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto.</p> <p>Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato.»</p>

<p>Art. 776.</p> <p>El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.</p> <p>La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.</p>	<p>Treinta y cuatro. Se suprime el artículo 776.</p>
<p>Art. 782.</p> <p>Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.</p>	<p>Treinta y cinco. El artículo 782 se redacta conforme se indica a continuación:</p> <p>«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma. No obstante, esta sustitución sobre la legítima estricta no será eficaz o se extinguirá si el fideicomisario tuviese, a su vez, hijos en esa misma situación.</p> <p>Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes.»</p>
<p>Art. 808.</p> <p>Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.</p> <p>Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima,</p>	<p>Treinta y seis. Se suprime el tercer párrafo del artículo 808, pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar, y se añaden a continuación dos nuevos párrafos, de forma que el artículo 808 presenta la siguiente redacción:</p>

<p>para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.</p> <p>Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.</p> <p>La tercera parte restante será de libre disposición.</p>	<p>«Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.</p> <p>Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.</p> <p>La tercera parte restante será de libre disposición.</p> <p>Cuando alguno de los hijos se encontrare en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás hijos o descendientes. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.</p> <p>Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne la privación de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.»</p>
<p>Art. 813.</p> <p>El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.</p> <p>Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo</p>	<p>Treinta y siete. Se da nueva redacción al segundo párrafo del artículo 813, según se indica:</p> <p>«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808.»</p>

<p>establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.</p>	
<p>Art. 1041.</p> <p>No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.</p> <p>Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad</p>	<p>Treinta y nueve. Se redacta el artículo 1041 con el siguiente tenor:</p> <p>«No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.</p> <p>Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por sus circunstancias físicas o psíquicas.»</p>
<p>Art. 1263.</p> <p>No pueden prestar consentimiento:</p> <p>1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.</p> <p>2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.</p>	<p>Cuarenta y cuatro. El artículo 1263 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.</p> <p>Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.»</p>
<p>Art. 1330.</p>	<p>Cincuenta y uno. Se suprime el artículo 1330.</p>

<p>El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador.</p>	
<p>Art. 1387.</p> <p>La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte.</p>	<p>Cincuenta y dos. El artículo 1387 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«La administración y disposición de los bienes de la sociedad gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena.»</p>
<p>Art. 1393.</p> <p>También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:</p> <p>1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.</p> <p>Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.</p>	<p>Cincuenta y tres. Se da nueva redacción al número 1.º del artículo 1393, en los siguientes términos:</p> <p>«1.º Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado prodigo, ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.»</p>
<p>Art. 1548.</p> <p>Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en</p>	<p>Cincuenta y cinco. El artículo 1548 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«Los progenitores o tutores respecto de los bienes de los menores, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en</p>

<p>arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.</p>	<p>arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.</p> <p>El curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezcan las medidas de apoyo.»</p>
<p>Art. 1764.</p> <p>Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito, o por ésta misma, si llega a tener capacidad.</p>	<p>Cincuenta y ocho. El artículo 1764 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«El depósito hecho por un menor o por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito.»</p>
<p>Art. 1765.</p> <p>Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio.</p>	<p>Cincuenta y nueve. El artículo 1765 se redacta del siguiente modo:</p> <p>«Si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin haber contado con esta sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio.»</p>
<p>Art. 1773.</p> <p>Cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos</p>	<p>Sesenta. El artículo 1773 se redacta con el siguiente tenor:</p> <p>«Cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquéllas.»</p>

Cuarta.

~~La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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.~~

Sesenta y tres. Se **suprime la disposición adicional cuarta.**



²⁷ www.notariosyregistradores.com (consultado 15/05/2019)

BIBLIOGRAFIA

BARIFFI, F., (2009). *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU, Hacia un Derecho de la Discapacidad*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona.

BARTON, L. (1998). *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI).

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

COMITÉ INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

CUENCA GÓMEZ, P. (2011). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Derechos y Libertades.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Universidad de Alcalá de Henares.

DE ASIS ROIG, R. y otros. (2007). *La Accesibilidad Universal en el Derecho*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 42. Madrid. Dykinson.

DE ASIS ROIG, R. y PALACIOS, A. (2007). *Derechos humanos y situaciones de dependencia*. Madrid. Dykinson,

DE ASÍS ROIG, R. (2009). “*La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad*”, en Pérez Bueno, L.C. (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*.

DE ASÍS ROIG, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid, Dykinson.

DE LORENZO GARCIA, R. (2009). *Los contornos del Derecho de la Discapacidad*, en Pérez Bueno, L.C. (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo, Pamplona, Thomson-Aranzadi.

DE LORENZO GARCIA, R. y PALACIOS, A. (2016). *La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: una década de vigencia*. ediciones CINCA.

ESPIÑEIRA SOTO, I. (2019). Taller Práctico sobre la Reforma de Ley en materia de Discapacidad. Notaria de Santiago de Compostela.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). (2013). Análisis de la FRA, de las normas internacionales y nacionales en materia de capacidad jurídica de las personas que sufren trastornos mentales y discapacidad intelectual y conclusiones del estudio basados en entrevistas mantenidas con personas con discapacidad para contribuir a la implementación de la Convención.

FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD.

HAMMARBERG, T. (2009). Viewpoint: *“Persons with mental disabilities should be assisted but not deprived of their individual human rights”*.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2008). Encuesta *“Discapacidad, Autonomía Personas y situaciones de Dependencia”*.

LORD, J.E. y STEIN, M.A. (2008). *The domestic incorporation of Humans Rights Law and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. *Washington Law Review*, n° 83, vol.4.

MARTINEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS. (2016). *Derechos Fundamentales y Discapacidad*. Ediciones CINCA.

MARTINEZ PUJALTE, ANTONIO-LUIS. (2018). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo*. Thomson Reuters Aranzadi.

NOTARIOS Y REGISTRADORES.COM

OBSERVACIÓN GENERAL N° 1 del Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley (2014).

OLIVER, M. (1996) *Understanding Disability, From theory to practice*, Palgrave. Malasia.

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid. Colección CERMI, Ediciones Cinca.

PÉREZ BUENO, L.C. (2018) *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo* de Antonio-Luis Martínez Pujalte. Thomson Reuters Aranzadi.

PUIG DE LA BELLACASA, R. (1990). *Concepciones, paradigmas, y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad*. En *Discapacidad e información*. Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía.

RECOVER BALBOA, T. (2018). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho inclusivo*, de A.L. Martínez-Pujalte, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia.

TRIBUNAL SUPREMO. Jurisprudencia.

