



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y
JURÍDICAS ELCHE**

GRADO EN DERECHO

**LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS
ESPAÑOLAS CON ARREGLO A LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD**

**TRABAJO FIN DE GRADO
Curso 2019-2020**

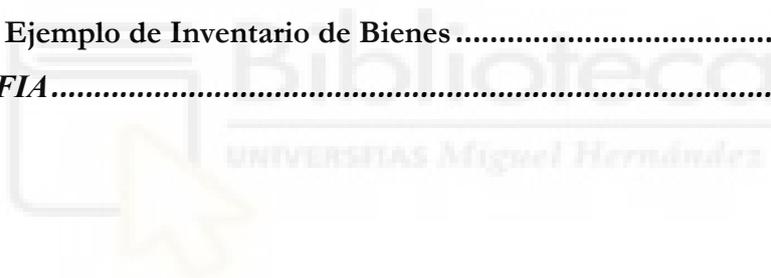
AUTOR: Ramón Manzano Martínez

TUTORA: Cristina López Sánchez

INDICE

ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN	5
I. INTRODUCCIÓN	6
II. CUESTIONES GENERALES ACERCA DE LA DISCAPACIDAD	7
1. Discapacidad y Persona con Discapacidad.....	7
2. La irrupción de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.....	11
3. El valor jurídico de las convenciones	12
III. LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	13
1. La importancia de la Convención	13
2. El objetivo fundamental de la Convención.....	15
3. Los principios generales que recoge la Convención	17
4. Cambio en el modelo de la discapacidad fruto de la Convención.	18
5. Una nueva visión normativa tras la Convención de Nueva York.....	21
IV. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION COMO NÚCLEO CENTRAL... 24	
1. El artículo 12 como piedra angular de la Convención	24
2. Capacidad jurídica y capacidad mental.....	27
3. El sistema de capacidad jurídica actual en España.....	28
V. LA REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL..... 30	
1. Introducción.....	30
2. El sistema de incapacitación.....	31
3. El procedimiento de incapacitación. Breve referencia	32
VI. EL SISTEMA DE SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	34
1. La guarda y protección en el Código Civil.	34
2. Mecanismos no judiciales alternativos a la incapacitación	38
3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre incapacitación	41
VII. SISTEMA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES A LA LUZ DE LA CONVENCION.....	46
1. El sistema de apoyos.....	46

2. Aspectos esenciales del sistema de apoyos.....	48
3. Las salvaguardas al sistema de apoyos.....	52
4. Ejemplo de diseños de sistemas de apoyos: La Ley 3/2018, de 24 de mayo, de Protección y Apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha.....	54
VIII. ADAPTACIÓN NORMATIVA AL CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN: EL CÓDIGO CIVIL	56
1. Evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad	56
2. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.....	58
3. La reforma del Código Civil	59
4. La reforma del Código Civil sobre discapacidad	61
5. Análisis de las instituciones de apoyo.....	63
5.1. La guarda de hecho	63
5.2. La curatela.....	64
5.3. El defensor judicial.....	70
IX. CONCLUSIONES.....	71
ANEXO I. Ejemplo de Inventario de Bienes	74
BIBLIOGRAFIA.....	78



ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDPD	Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad de las Personas con Discapacidad
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo
ST	Sentencia Tribunal Supremo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas

RESUMEN

Se produce tras la aparición de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un cambio radical en la concepción que teníamos sobre la discapacidad. Es la discapacidad un concepto que evoluciona, se aleja del modelo médico para acoger el modelo social de discapacidad, en el que la discapacidad no viene dada por la deficiencia de la persona, sino por la interacción de la misma con las barreras que la sociedad interpone, convirtiendo a la sociedad en discapacitante.

Es en el ámbito del Derecho Privado donde la Convención ha causado una mayor agitación, en concreto en lo referente a la capacidad jurídica de la persona, la cual después de la aparición de la Convención, se tiene que entender como un todo, esto es, la capacidad para ser titular de derechos y también ejercerlos sin ningún tipo de limitación. No se puede seguir manteniendo el sistema de incapacitación y sustitución en la toma de decisiones que rige hoy en día, teniendo que adaptar en nuestra legislación civil figuras como la tutela y la curatela. Debemos adoptar un sistema de apoyos –como indica el artículo 12 de la Convención–, basado en el respeto a los derechos, la voluntad y la preferencia de las personas. Se han promulgado leyes de adaptación a la Convención, pero es en el ámbito del Derecho Civil donde se tiene que producir todavía el cambio de mayor envergadura, cambio que empieza a tomar forma con el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Este Anteproyecto introduce los sistemas de apoyo a los que alude la Convención, sustituyendo con el antiguo sistema de incapacitación a la vez que elimina las instituciones de sustitución de la persona.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la revolución que supuso en todos los órdenes, pero en particular en la adaptación de las legislaciones internas de los países que ratificaron la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, y analizaremos en concreto el caso de España y del cambio en la visión de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad fruto de la Convención. En España, que también ratificó la Convención, ha tenido lugar una adaptación normativa en diversas materias, como por ejemplo con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, pero tenemos a día de hoy un gran camino que recorrer. Efectivamente, esto lo vemos en que esta adaptación a la Convención se ha llevado a cabo en varias materias pero todavía no en el ámbito del Derecho civil, la cual quizá sea la materia más importante, pues contiene la regulación básica y central en materia de discapacidad, al regular la capacidad de la persona, la actuación en la realidad jurídica de las personas con discapacidad, los medios de apoyo, etc.

El objetivo del presente Trabajo de Fin de Grado, será el de analizar el cambio que ha supuesto la Convención para las personas con discapacidad, en lo respectivo a sus derechos y a su reconocimiento como personas con capacidades diferentes; en concreto, estas personas no presentan una deficiencia, sino que es la sociedad la que con sus barreras impide que las personas con discapacidad puedan interactuar con el entorno de manera normal. A tal fin veremos las diferentes medidas que han llevado a cabo los países firmantes de esta Convención para adecuar sus ordenamientos jurídicos, centrándonos en el caso de España, y analizaremos de forma especial, lo que al menos desde mi punto de vista constituye el núcleo de esta Convención y la parte más importante de la misma, a saber, su artículo 12. Esta norma constituye el punto clave y es la que está dando más quebraderos de cabeza a los legisladores de los países signatarios para poder adaptar sus legislaciones internas a lo dispuesto en los apartados de este artículo. En este sentido vamos a analizar el mencionado artículo 12 y cómo ha supuesto una revolución con respecto al tratamiento de la capacidad jurídica en las legislaciones nacionales. Esta revolución se puede sintetizar en el paso del “modelo de sustitución” en la toma de decisiones, que parte de la configuración tradicional del sistema de incapacitación, a un nuevo “modelo de apoyo” o “asistencia” en la toma de decisiones que trata de hacer

realidad la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por último, quiero dar todo mi agradecimiento a la profesora Cristina López por su apoyo en todo este tiempo, por estar siempre ahí cuando la he necesitado y comprender mi situación, sin ella no habría podido llevar a cabo este trabajo. Gracias.

II. CUESTIONES GENERALES ACERCA DE LA DISCAPACIDAD

1. Discapacidad y Persona con Discapacidad

En primer lugar vamos a ver el concepto de discapacidad, y cómo ha sido su evolución con el paso de los años, las diferentes definiciones de la misma y cómo cambió la visión de la discapacidad con la entrada en vigor y aparición de la Convención de Nueva York. Hay que tener en cuenta, bajo mi punto de vista y hablando desde la experiencia en este tema al ser yo mismo una persona con discapacidad, las diferentes formas de discapacidad existentes, cómo podría ser la discapacidad física, psíquica, auditiva etc., así como los diferentes grados de gravedad de la misma que existen. En este sentido hay que tener en cuenta que la discapacidad puede ser una discapacidad que tiene la persona desde el nacimiento o una discapacidad sobrevenida, es decir, una persona que se encontraba con una capacidad plena para la vida diaria y que por circunstancias pasa a ser una persona con discapacidad, como podría ser a consecuencia de un accidente laboral, de tráfico o simplemente una enfermedad. Otra consideración importante es que una discapacidad por ejemplo física nos puede llevar también a una serie de problemas psicológicos por el cambio que produce esta nueva situación tanto en el ámbito personal como familiar.

A día de hoy seguimos observando cómo al hablar de las personas con discapacidad se siguen usando en algunas ocasiones términos ya considerados fuera de lugar y erróneos al referirse a este colectivo. Tradicionalmente se han usado términos

como “minusválido”, “disminuido”, “discapacitado”, “impedido”, “deficiente” o persona que sufre o padece una discapacidad para referirse a las personas con discapacidad, que ya no deben seguir utilizándose.

Según la OMS la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Según esta definición que hace la OMS sobre la discapacidad, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive¹.

Pero la discapacidad, como indica la Convención en su Prólogo, es un concepto que evoluciona, y esto es muy importante, pues la discapacidad a día de hoy, no la podemos ver ni definir de igual modo que hace unas décadas. Un ejemplo de esto lo tenemos en el Derecho español, pues hay una evolución significativa del concepto de discapacidad desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, la cual en su art. 7.1 definía a la persona minusválida desde una perspectiva médico-rehabilitadora², a la evolución tanto en la manera de referirse a la minusvalía, cambiando el término por discapacidad, como al definir la misma. Esta evolución se plasma de manera significativa en la Ley General sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, la cual en su art. 2.a define la discapacidad desde una perspectiva social³, muy lejos de las definiciones anteriormente citadas.

¹ Discapacidades, disponible en <http://www.who.int/topics/disabilities/es/> (consulta de 18/03/2020).

² Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, art. 7.1: “A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

³ 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, art. 2.a) Discapacidad: “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Toda esta evolución viene dada en gran medida por la irrupción de la CDPD, la cual en su preámbulo define la discapacidad y da las pautas de cómo deben referirse a ella los diferentes Estados. Así, en el apartado e) de su preámbulo indica que la discapacidad *resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás* de donde se extrae que dejamos atrás el modelo médico de la discapacidad, en el que se consideraba la discapacidad como un problema exclusivo de la persona y adoptamos el modelo social que nos aporta la Convención, en el que son las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

No solamente deja de ser la discapacidad el motivo o razón de exclusión, sino que se transforma en la clave de inclusión que se logra a través de la identificación de las barreras y su eliminación⁴. Una prueba de esta conexión entre la persona con deficiencia y las barreras que encuentra la misma, y para ver de qué manera tienen que darse los dos elementos de la definición que hace la Convención sobre discapacidad, es el ejemplo del profesor Antonio Luis Martínez Pujalte con la miopía⁵. La miopía es una deficiencia funcional y en otras épocas, e incluso a día de hoy en países menos desarrollados, podría hacer que personas miopes pudieran enfrentarse a obstáculos sociales, en cuyo caso tendríamos que calificar esta miopía como una discapacidad; pero en el presente las personas con miopía no se encuentran con esas barreras pues tienen diferentes soluciones o medios de apoyo como son las gafas, por lo que no nos encontramos ante una discapacidad.

En lo referente al término de discapacidad tenemos que advertir tanto a mi modo de ver, como al modo de ver de diferentes autores y asociaciones y del mundo en general de la discapacidad, que la manera correcta de referirse en concreto a las personas que tienen algún tipo de discapacidad es dirigirse hacia ellas como “Personas con

⁴ LIDÓN HERAS, L.: “El enfoque de derechos humanos como marco del Derecho de la Discapacidad”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, dir. por A.L. Martínez-Pujalte, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 67.

⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, prólogo de A. Durán, Madrid, CINCA, 2015, pág. 19.

Discapacidad”, pues este es el término más apropiado y con el cual no se pierde ese punto de humanidad de la persona.

Es en la propia CDPD donde se recoge la definición de personas con discapacidad. Esta definición viene dada en su artículo 1, quedando recogida de la siguiente manera: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*⁶. En la definición de la CDPD vemos una definición que pasa de ver a las personas con discapacidad como personas limitadas por una enfermedad o una deficiencia a ver un modelo social de la discapacidad, vemos como persona con discapacidad a aquella que tiene problemas para interactuar con la sociedad que la rodea, siendo esta sociedad la que tiene que adaptarse a la persona con discapacidad. Mediante esta figura se puede ver gráficamente la definición de discapacidad hecha por la Convención:



⁶ Artículo 1.2 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

⁷ LIDÓN HERAS, L.: “El enfoque de derechos humanos como marco del Derecho de la Discapacidad”, *cit.*, pág.68

2. La irrupción de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

A día de hoy esas visiones de la discapacidad de la exclusión y negación de derechos, -que prevaleció durante siglos- y del modelo rehabilitador -que entendió a la persona con discapacidad como un paciente, un enfermo al que había que rehabilitar-, han sido superadas y de todo esto han tenido mucho que ver los movimientos sociales a favor de la discapacidad. Ahora tenemos una nueva visión, una visión social de la discapacidad, que entiende y valora la discapacidad en función de su contraposición con las barreras sociales que la misma encuentra, es por esto que la discapacidad así como las barreras jurídicas que de la misma se deriven, será mayor cuando mayores sean las barreras que le impiden su inclusión social⁸.

Recoge sin duda la Convención el modelo social de discapacidad. Ello conduce a asumir un marco filosófico y sociológico referencial, que aborda la temática desde los valores y principios que sustentan a los derechos humanos⁹. Se ha aceptado que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos por lo que se consideran ahora los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como problemas de derechos humanos.

Es a este nuevo concepto, a esta nueva visión, a la que responde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Efectivamente la Convención supone un cambio profundo en la concepción tradicional que teníamos de la discapacidad, pero si en algún ámbito, este cambio adquiere el carácter de turbulencia es en el Derecho Privado de las personas y, más en concreto, en lo referido a los derechos de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad¹⁰.

⁸ GARCÍA GARNICA M. C./ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA R.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, 2014, pág. 20.

⁹ LORENZO GARCÍA, R./PALACIOS, A: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Balance de una década de vigencia. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016 una década de vigencia*. Colección CERMI. Ediciones CINCA, Madrid, 2016, pág. 19.

¹⁰ PÉREZ BUENO, L.C: “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en *Estudios homenaje a Paulino Azua*. Colección CERMI. Ediciones CINCA, Madrid, 2010, pág. 147.

Supone la CDPD una revolución en todos los órdenes, pero en particular lo es en lo referente a su adaptación a las legislaciones internas de la mayoría de los Estados.

3. El valor jurídico de las convenciones

Antes de entrar a analizar la CDPD, vamos a hacer una breve introducción sobre los tratados internacionales para comprender la aplicación de los mismos por parte de los Estados y en concreto la posición que tienen los mismos en el ordenamiento jurídico español.

Los tratados internacionales forman parte del conjunto de fuentes del Derecho Internacional reconocidas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹¹. Encontramos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) la definición de tratado internacional al cual define como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Vemos que los elementos fundamentales de la noción de tratado internacional, según el CVDT, son a) acuerdo entre Estados; b) que crea obligaciones internacionales entre los Estados parte; c) regulado por el Derecho Internacional y d) celebrado en forma escrita.¹²

En cuanto al valor normativo de los tratados dentro del sistema de fuentes de los ordenamientos internos de los Estados hay que destacar que los tratados internacionales ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no solo a la ley ordinaria sino también a las leyes orgánicas, y esto es por lo que indica el mismo art. 96.1 CE cuando impide que una ley posterior prime sobre una norma convencional, ya que la derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de los tratados válidamente celebrados, solo puede llevarse a cabo en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Según el artículo 96.1 de la Constitución española

¹¹ En este sentido el art. 38 del Estatuto de la Corte internacional de Justicia hace referencia a las fuentes del Derecho Internacional entre las que se encuentran las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la doctrina.

¹² JIMÉNEZ PIERNAS, C.: *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, TECNOS, Madrid 2011, pág. 117.

los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Por otro lado el Código Civil (en adelante CC) en su art. 1.5 establece que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE. La publicación del tratado deberá hacerse bien antes o en la misma fecha en que se produzca su entrada en vigor, para evitar incurrir en responsabilidad internacional frente al resto de Estados partes, ya que desde ese momento obliga a España. Hay que tener en cuenta en este punto de la entrada en vigor, que los tratados internacionales publicados en el BOE no rige como regla general la *vacatio legis* de 20 días prevista en el art. 21 del CC, ya que su entrada en vigor suele estar prevista en el mismo tratado a través de una cláusula específica.

Es por tanto el sistema español de recepción de normas convencionales un sistema monista moderado¹³, puesto que únicamente exige la publicación en el BOE para la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno, y siempre que el tratado en cuestión haya sido válidamente celebrado.

III. LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. La importancia de la Convención

La aprobación por parte de la ONU de la CDPD ha supuesto un hecho histórico para el mundo de la discapacidad, pues sitúa a esta en el plano de los Derechos Humanos y supone un cambio en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad, quienes pasan de ser consideradas como “objetos” de derechos, caridad o tratamiento médico-rehabilitador a ser “sujetos” de derechos.

La CDPD fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 después de un proceso de negociación rápido en el ámbito internacional del que formaron parte no solo los

¹³ JIMÉNEZ PIERNAS.C.: “Introducción al Derecho Internacional...”, *cit.*, pág. 149.

gobiernos de los distintos Estados sino también la sociedad civil y en especial las asociaciones de las personas con discapacidad.

Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, convirtiéndose en un instrumento jurídico vinculante para todos aquellos Estados que la han ratificado. Como hemos visto en epígrafes anteriores en España las Convenciones y Tratados Internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento jurídico español, lo que tiene una relevancia significativa jurídicamente, pues los operadores jurídicos deben de interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Convención así como se impone a los Estados la necesidad de adaptar sus cuerpos legales a la misma.

La Convención se compone de 50 artículos los cuales se estructuran de esta manera: del artículo 1 al 4 se definen los principios y obligaciones generales, del artículo 5 al 30 contienen derechos específicos, y del 31 al 33 se incluyen obligaciones concretas. En los artículos 30 al 40 se recoge la aplicación, supervisión y seguimiento de la Convención, en este sentido hay que reseñar que en nuestro país en el año 2011 el Comité Español de representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) fue designado oficialmente por el Estado español como mecanismo independiente y de seguimiento de la aplicación de la Convención. Este reconocimiento ha alcanzado rango normativo al ser establecido, en virtud de lo contenido en la disposición adicional primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁴, y, por último, de los artículos 41 al 50 se refieren al depósito, firma y demás cuestiones vinculadas al régimen formal de tratados.

Tras este nombramiento, el CERMI adopta la decisión de crear un mecanismo de apoyo, abierto a la sociedad civil, que le permita desarrollar en condiciones óptimas este cometido de promover y supervisar la aplicación de la CDPD en España¹⁵. Se crea así un Comité de expertos compuesto por 26 miembros independientes por periodos de 4 años y cuyas funciones principales son las de apoyar al CERMI en el seguimiento de las

¹⁴ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-14812> (consulta de 20/03/2020).

¹⁵ LIDÓN HERAS, L.: “Mecanismos de seguimiento nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: El caso de España”, en *La CDPD 2006-2016 Una década de vigencia*. Ediciones Cinca, 2016, pág. 272.

obligaciones del Estado de proteger y promover, así como las propias obligaciones del CERMI en su labor de supervisar la aplicación y respeto de la Convención. Destaca de forma especial dentro de las funciones del Comité la aprobación del Informe Anual de Derechos Humanos y Discapacidad que elabora el CERMI.

Nos podemos dar cuenta al leer detenidamente la CDPD, que los derechos que en ella se expresan no son una simple proclamación de los mismos, sino que se nota que están redactados desde la experiencia, esto es por la participación y aportación hechas por las organizaciones de personas con discapacidad.

2. El objetivo fundamental de la Convención

Como la propia Convención indica en su artículo 1, su propósito es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Hay que hacer referencia aquí a nuestra Constitución pues en la misma se reconocen los derechos fundamentales para todas las personas entre las que por supuesto incluimos a las personas con discapacidad, y como indica el art. 53.1 CE, los poderes públicos deberán regular el ejercicio de estos derechos y libertades. Pero en el caso de las personas con discapacidad tenemos que tener en cuenta que para el goce en plenitud de estos derechos fundamentales ello no es suficiente, pues las personas con discapacidad se encuentran con una serie de barreras de las cuales ya hemos hablado y que la propia Convención pone de manifiesto, las cuales impiden el goce en igualdad de condiciones de estos derechos fundamentales reconocidos a toda persona. Es por esto que la misma Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar el disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad como expresa su art. 49 CE, el cual está referido exclusivamente a las personas con discapacidad.

Si bien en su momento el art. 49 supuso un gran avance en torno a la protección de las personas con discapacidad, después de más de cuatro décadas ha quedado desfasado, sobre todo a raíz de la citada Convención de Nueva York. Si el art. 49 CE establece que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (...)”, algo

no encaja bien con los tiempos actuales¹⁶. De ahí que el 7 de diciembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobase el Anteproyecto de ley para iniciar una reforma constitucional del artículo 49 y así modificar no solo el lenguaje que utiliza, sino también su estructura y contenido¹⁷.

La Convención, en virtud de la remisión operada por el artículo 10.2 CE, permite definir el contenido y alcance concreto, en el caso de las personas con discapacidad de los derechos fundamentales ya reconocidos en nuestra Constitución, así como las medidas exigibles para garantizar su ejercicio efectivo y para remover las barreras que lo impiden¹⁸.

Haciendo una reflexión en este punto en el que tratamos el propósito de la CDPD, podemos llegar a la conclusión del por qué de la necesidad de una Convención específica para las personas con discapacidad, pues sabemos que en el ámbito internacional tenemos la máxima expresión en cuanto a derechos de la persona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y esta Declaración ya era de aplicación a las personas con discapacidad, como no podía ser de otro modo, puesto que es aplicable a todo ser humano sin excepción. Nos lleva esto a dilucidar que en el caso concreto de las personas con discapacidad no se aplicaban esta serie de instrumentos no se respetaban, no había una conciencia social conocedora del mundo de la discapacidad, de las características del mismo, necesidades y derechos, sino que por el contrario lo que se estaba sufriendo

¹⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ C.: “La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual”, *Pe.i.*, núm. 63, págs. 15-16.

¹⁷ El texto articulado de la propuesta del nuevo art. 49 de la Constitución proyectado es el siguiente:

Artículo uno. El artículo 49 de la Constitución Española queda redactado como sigue:

«1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Disponible en http://www.mpr.gob.es/precom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf (consulta de 24/03/2020).

¹⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 44.

reiteradamente era una continua vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, o una ocultación de los mismos cosa que a día de hoy y muy a nuestro pesar sigue sucediendo. Es por ello que se hace necesario un instrumento como es la CDPD, la cual específicamente trata el tema de la discapacidad desde la visión de los derechos humanos y desde la que se advierte el buen hacer y la intervención de la masa social de la discapacidad en la elaboración de la misma.

Estamos ante una visión de la discapacidad tras la aparición de la CDPD que ya no pone el acento en la deficiencia orgánica, puesto que la entidad de esta queda necesariamente condicionada por la adaptación social, por el entorno en que se desarrolla, esto es, en definitiva, por las barreras sociales¹⁹.

3. Los principios generales que recoge la Convención

Los principios generales revisten una gran importancia y vienen recogidos en el artículo 3 de la Convención. En concreto son los siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

De este modo queda ya lejana la discriminación por motivos de discapacidad, entendiéndose por tal cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de

¹⁹ 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*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 162.

discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Una idea fundamental de esta Convención y de gran importancia para poder aplicar estos principios generales que proclama la Convención, es la toma de conciencia sobre la discapacidad, a la que la CDPD se refiere en su art. 8, y sin la cual todo lo demás quedaría vacío, esto se traduce en una obligación por parte de los Estados Partes y en nuestro caso en el Estado español para que tomen una serie de medidas inmediatas y efectivas, que como indica el art. 8 sirvan para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Este punto es muy importante pues en mi propia práctica diaria al trabajar con personas con discapacidad vemos cómo no se tiene conciencia ni la preparación necesaria del resto de la sociedad sobre la discapacidad, viéndola incluso en ocasiones como una amenaza para ellos mismos.

4. Cambio en el modelo de la discapacidad fruto de la Convención

Como hemos visto anteriormente la CDPD nos introduce y reafirma el *modelo social* de discapacidad, el cual pasa a ser parte de nuestra legislación nacional. Como se advierte tras la lectura de la propia Convención, esta no surge para crear nuevos derechos ni para diferenciar los derechos de las personas con discapacidad de cualquier derecho que tenga cualquier persona, sino que la misma surge con el fin de que los derechos

humanos y derechos fundamentales de las personas con discapacidad se apliquen con la misma intensidad y garantías que se pueden aplicar a cualquier persona. Es aquí donde la Convención hace incidencia en un derecho en especial como es el de poder tomar decisiones por uno mismo, decisiones de la vida diaria como es la decisión de quién quieres que te apoye en tu día a día, la decisión de ir a votar y a quién votar, y que estas opiniones sean por supuesto respetadas por otros.

Lo que nos aporta este modelo social de la discapacidad es un nuevo punto de vista de las causas de las consecuencias que tiene la discapacidad en la persona en la sociedad misma, pues es la sociedad la que se organiza sin tener en cuenta a las personas con discapacidad y la necesidad de apoyos que necesitan las mismas en un momento concreto de su vida, lo que provoca que sean apartadas en diferentes momentos del resto de la sociedad. Promueve este modelo social la integración de las personas con discapacidad en la vida social llevando a cabo para ello una serie de ajustes y adaptaciones. No se debe considerar a la discapacidad como un problema individual de la persona, pues son las limitaciones de la sociedad para prestar los servicios apropiados a las personas con discapacidad las que influyen en la discapacidad en sí.

Como he señalado en los párrafos anteriores, los *ajustes razonables*, y el *diseño universal* al que se refiere la Convención en su artículo 2 deben ser las bases o las herramientas para alcanzar los objetivos de la misma y del modelo social propuesto. Estos ajustes razonables se refieren por supuesto al sujeto individual, al caso en particular, mientras que el diseño universal se refiere a todas las personas (tengan o no discapacidad).

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

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las

ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten²⁰.

En lo que se refiere al diseño universal tenemos que dar un salto en este sentido, al hacer accesible cualquier situación de la vida de las personas con discapacidad, pero la política de diseño para todos, y por ende, de accesibilidad universal tiene un límite expreso: los ajustes razonables, derivados del principio de escasez de los recursos públicos y de la eficacia en el gasto, de los que estas políticas públicas no pueden sustraerse²¹.

Hay que tener en cuenta con lo expuesto en el párrafo anterior y con la realidad que tenemos que hay una cuidadosa selección con las inversiones públicas, las que en realidad a la hora de realizar las mismas para la adecuación o accesibilidad para las personas con discapacidad supondría un gasto excesivo en los presupuestos y esto puede llevar a la excusa perfecta para no acometer las medidas. Sin embargo hay otra serie de medidas las cuales no supondrían un gasto excesivo y abrirían un abanico de posibilidades de accesibilidad las cuales más bien no se materializarán por falta de voluntad política y conciencia social.

Un ejemplo de diseño universal, es el caso de las promociones de vivienda nueva. En este caso se da la situación de que las personas con discapacidad que se ven obligadas en algunos casos a adaptar la vivienda que adquieren a sus nuevas necesidades (pensemos aquí en personas con una discapacidad sobrevenida), o en otros supuestos necesitan rehabilitar su vivienda habitual para mejorar su calidad de vida y la de quienes las apoyan. Aquí debería de producirse una acción de diseño universal consistente en que la normativa al respecto en materia de construcciones de vivienda se adecuase, no a las personas con discapacidad, sino a la sociedad en general, sin hacer la distinción de la persona con discapacidad como ente especial por el que hay que hacer modificaciones. En este sentido, si en la normativa se establece que las puertas deben medir 70 cm y los

²⁰ Disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Artículo 2.(consulta de 24/03/2020).

²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, H.: “La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 37.

pasillos un metro ello se hiciese con la medida suficiente para el uso de las sillas de ruedas en cualquier promoción de obra nueva de manera general, así todos los hogares estarían preparados para recibir a cualquier persona.

5. Una nueva visión normativa tras la Convención de Nueva York

Ya hemos visto en apartados anteriores la importancia de las Convenciones y Tratados Internacionales en nuestro ordenamiento interno. Los Estados parte de esta Convención tienen una ardua tarea que la misma les impone, que es la adaptación tanto legislativa, administrativa o de cualquier otra índole para que se puedan hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, como indica el art. 4 CDPD. En el apartado b) de este artículo obliga a los estados a modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

En el caso de España teníamos una legislación obsoleta en lo concerniente a la discapacidad, como son leyes ya vistas en apartados anteriores como la Ley 13/1982 de 7 de abril, imperando la necesidad de un cambio legislativo en esta materia. Este cambio se produjo en nuestro país tras la aparición de la CDPD con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es una ley extensa en la que se modifican numerosas disposiciones anteriores como la Ley 51/2003, sobre igualdad de oportunidades; Ley 27/2007, sobre lengua de signos; Ley 49/2007, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades; Ley 30/1979, sobre trasplante de órganos, entre otras.

Se puede apreciar el cambio significativo que supuso la Convención en diferentes materias desde la sanidad, el empleo o la accesibilidad hasta la protección civil, la cooperación internacional, o el mismo concepto de discapacidad que contenía la Ley 51/2003, aportando aquí la definición de persona con discapacidad que recoge el artículo 1 de la CDPD. La Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAU) vino a dar un renovado impulso a las políticas públicas inclusivas, dada las situaciones que se sucedían de desigualdad y discriminación en nuestra sociedad, lo que ponía de manifiesto la

insuficiencia de la legislación anterior a la misma la cual se sustentaba en un modelo médico.

Fue en 2013 cuando se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 19 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En esta Ley lo que se hizo fue refundir en un mismo texto legislativo, la normativa más relevante sobre discapacidad como fueron las leyes 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la LIONDAU, así como la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. De este modo se llevó a cabo la refundición teniendo en cuenta los principios que informan la Convención, así como se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad, y también se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

La *ratio legis* de tales modificaciones como resume el Catedrático CARLOS LASARTE²², se podría concretar en dos líneas fundamentales:

1^a. Favorecer y fortalecer el acceso a bienes y servicios de las personas con discapacidad.

2^a. Procurar que la información y el consentimiento en los supuestos en que intervengan personas con discapacidad se desarrollen “en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”.

Una cuestión importante a tratar en lo que afecta la Convención a la normativa interna de nuestro país, es nuestra norma suprema, la Constitución española. En el caso de la Constitución española, no estaríamos ante una necesidad de modificación de la misma para ajustarla a la Convención, pues la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico es lo suficientemente elástica como para adaptarse a dicha Convención.

²² LASARTE, C.: *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 61-62.

Uno de los primeros ejemplos que vemos en la Constitución es el de la terminología utilizada al referirse a las personas con discapacidad, pues nuestra Constitución tiene un artículo referido a las personas con discapacidad, el artículo 49 pero con una terminología en mi opinión ofensiva (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), digo ofensiva porque en la práctica diaria tienes que encontrarte con personas que se dirigen a las personas con discapacidad como el tontito por el que la empresa recibe una subvención o el disminuido o subnormal, algo que se debe de empezar a arreglar pero desde arriba en este caso desde lo más alto de nuestro ordenamiento como es nuestra norma fundamental y como se debería recoger en nuestro artículo 14 CE en el que se recoge la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación por ciertas razones en la que no se encuentran las personas con discapacidad recogidas expresamente. Hay que recordar aquí la aprobación por parte del Consejo de Ministros del Anteproyecto de ley para iniciar la reforma constitucional del artículo 49 y así modificar no solo el lenguaje que utiliza, sino también su estructura y contenido.

En relación con la normativa tanto orgánica como ordinaria hay que tratar también una serie de puntos importantes los cuales vamos a enumerar siguiendo la enumeración realizada por PÉREZ BUENO²³:

NIVEL ORGÁNICO: En materia de igualdad, participación política, libertad personal, integridad, educación y protección jurídica y efectividad de los derechos. Acceso a la Justicia y tutela judicial.

NIVEL ORDINARIO: Igual capacidad jurídica. Reforma de la legislación civil, reforma del entramado de leyes sociales, desinstitucionalización, inclusión laboral, accesibilidad universal, estatuto legal de las situaciones de discapacidad.

Dentro de todas las reformas necesarias de la legislación española para adaptarse a la Convención, quizás la más relevante bajo mi punto de vista así como la más discutida es la del cambio del modelo de sustitución -que es el que se recoge en nuestra legislación

²³ PÉREZ BUENO, L.C.: “La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 93 a 102.

civil y el cual se ha llevado a cabo hasta el momento, por el sistema de apoyos, introducido por la Convención lo que supone un cambio radical en el sentido que se tenía y se tiene en relación con la capacidad de la persona, sobre todo en lo relativo a la capacidad de obrar. En este sentido la Convención en su artículo 12 recoge a mi parecer el mayor cambio en lo referente a lo que afecta a las personas con discapacidad, y es el reconocimiento como persona ante la ley, esto es, el reconocimiento de la personalidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Este cambio que propone la Convención supondría erradicar los tradicionales sistemas de sustitución, como son la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la tutela o incluso la curatela, sistema este último de sustitución que en la mayoría de casos puede entenderse más como una incapacitación que como un medio de apoyo.

IV. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN COMO NÚCLEO CENTRAL

1. El artículo 12 como piedra angular de la Convención

El artículo 12 de la CDPD constituye, a mi modo, de ver el cambio más significativo de la Convención y la piedra angular de la misma, pues a través de este las personas con discapacidad pueden ser titulares de derechos, lo que conocemos como capacidad jurídica, pero además también pueden ejercerlos (capacidad de obrar), en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con los demás. Para ver la importancia de este precepto tengo que hacer referencia al momento de aprobación de la misma, pues antes de su redacción definitiva se discutió por parte de algunos países entre la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Mientras que los países de cultura occidental tanto de Europa como de América abogaban por el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, esto es, entendiendo la misma también como capacidad de obrar, los países islámicos, China y Rusia, se limitaban a reconocer la capacidad jurídica pero solo en el sentido de ser titular de derechos y obligaciones, no como ejercicio de los mismos, lo que llevó a la inclusión de una salvedad en una “nota al pie de página” en el propio precepto, la cual fue posteriormente eliminada en la redacción final del precepto, que reza del siguiente modo:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley:

1. *Los Estados Partes afirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Este artículo implica el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Nos lleva a un cambio en la concepción sobre la capacidad jurídica de la persona en general y en especial en la persona con discapacidad pues la Convención va más allá no dividiendo la capacidad de la persona en la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que se unifican estas dos capacidades en una sola, la capacidad jurídica. El artículo 12 de la

Convención refleja la aplicación de la filosofía propia del modelo social de la discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica²⁴.

En relación con ello, también hay que tener muy en cuenta por la importancia que reviste y por servir para la aplicación del mismo artículo 12 de la Convención, el artículo 13 de la misma, en el cual se insta a los Estados Parte para que aseguren el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. En su punto segundo insta a los Estados a promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluyendo aquí al personal policial y penitenciario. El análogo a este artículo 13 de la Convención lo encontramos en nuestra Constitución en el artículo 24, que versa en su párrafo primero: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

A esta prohibición de indefensión es a la que alude el art. 13 de la Convención, al pedir a los Estados Partes tomar medidas de adaptación. Esto está altamente relacionado con el artículo 12 de la Convención y con lo que indica el mismo en su apartado 3 de llevar a cabo las medidas necesarias para la provisión de apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que nos lleva a extrapolar estos apoyos al acceso a la justicia y a las medidas de adaptación que pide el artículo 13, siendo este acceso a la justicia con las garantías suficientes, la única garantía de éxito del disfrute pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es decir, de que se haga cumplir lo que el artículo 12 de la Convención expresa. Es por esto imprescindible la formación y especialización de todos los operadores jurídicos y así hacer que se cumpla de la mejor forma posible este artículo 12 de la Convención al que nos estamos refiriendo.

²⁴ BARRANCO, M.C./CUENCA, P./RAMIRO, M.A.: “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* V, 2012, pág. 64.

2. Capacidad jurídica y capacidad mental

Considero necesario poner de relieve la diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad mental. La capacidad mental no se regula en la Convención pero me parece relevante traerla a colación, pues es el argumento que se tiene en cuenta para decidirse por la incapacitación de la persona, volviendo así en numerosas ocasiones a ese ya desfasado modelo médico de la discapacidad. Como indica el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al referirse a una de las características del sistema de apoyos en la que dice que la prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental²⁵.

Es la capacidad mental, según mi punto de vista así como mi propia experiencia –y desconozco si estaré acertado al referirme al estado cognitivo de la persona de esta manera–, el hecho o el argumento en que se basan los operadores jurídicos así como las diferentes disposiciones para decidir el nivel de conocimiento de la persona y por ende su limitación en el ejercicio de derechos de la misma.

La capacidad jurídica es la capacidad de toda persona para ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos mismos derechos y obligaciones (esto visto desde el punto de vista de la Convención), mientras que la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones. Esta capacidad mental puede variar por supuesto de unas personas a otras en función muchos factores, no solo los factores derivados de la propia discapacidad de la persona, sino también los factores del entorno, sociales, laborales etc. Estos factores, en virtud al artículo 12 de la Convención no deberían servir de justificación para la modificación de la capacidad de la persona. Podemos ver cómo en la mayoría de casos se decide la deficiencia de la persona para la adopción de decisiones solo basándonos en la discapacidad de la misma, casi siempre cognitiva o social. También se basan las decisiones de modificación de la personalidad en fallos o errores en la toma de decisiones por parte de la persona con discapacidad. Estos factores no se pueden tener en cuenta para tomarlos como hechos irrefutables para decidir la incapacitación o más bien la limitación de la capacidad de la persona, pues la Convención

²⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm 1, párr. 29.

no permite negar la capacidad jurídica de este modo discriminatorio y exige un apoyo en el ejercicio de la misma.

3. El sistema de capacidad jurídica actual en España

Todo ser humano por el hecho de serlo, es acreedor frente a cualquier ordenamiento de su condición de persona, lo cual implica el reconocimiento de la igualdad esencial de las personas, así como de unos derechos fundamentales que les son inherentes²⁶. Como indica el artículo 30 del CC: *La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, incluso se reconoce al nasciturus conforme al artículo 29 del CC el cual recoge que El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.*

A diferencia de otros sistemas, que solo distinguen entre personalidad jurídica y capacidad jurídica, el ordenamiento jurídico español establece una distinción entre tres conceptos: la personalidad jurídica, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La personalidad jurídica se identifica con la capacidad para ser reconocido como persona ante la ley, lo cual se convierte en un requisito previo y una condición imprescindible para la adquisición de derechos y deberes. Según el artículo 267 del CC, la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte. Por su parte la capacidad jurídica es una aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, para ser titular de derechos, facultades y de otros poderes jurídicos, así como de deberes. El reconocimiento de la personalidad jurídica supone la atribución de capacidad jurídica a todos los seres humanos, sin perjuicio de que se establezcan determinadas restricciones para ser titular de algunas relaciones jurídicas²⁷. Por último la capacidad de obrar es la aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos²⁸, especificando que como indica el Código civil, tienen plena capacidad de obrar los mayores de edad (art. 322 CC) no

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil*, Bercal, Madrid, 2011, pág. 69.

²⁷ *Ibidem*, pág. 70.

²⁸ *Ibidem*, pág. 71.

incapacitados (art. 760 LEC), es por esto que constituyen limitaciones generales a la capacidad de obrar la minoría de edad y la incapacitación basada en la ley (art. 199 CC).

Vemos ya la lejanía existente en cuanto a la concepción de la personalidad jurídica de la persona que tiene la Convención y la existente en nuestro ordenamiento interno. En nuestro ordenamiento como podemos ver, la capacidad de obrar no es la misma para todos, pues variará según las condiciones personales de las personas. Es por esto que las personas con discapacidad tienen reconocida la personalidad jurídica y la capacidad jurídica, pero se permite y se justifica la introducción de restricciones o limitaciones en la capacidad de obrar de algunas personas con discapacidad.

En nuestro sistema se permite la limitación o incluso la anulación de la capacidad de obrar, cuando se den ciertos rasgos en la persona, que la Ley piensa que impiden a los sujetos de manera consciente establecer su autonomía libre y responsable. Esta limitación en la capacidad de obrar de la persona se lleva a cabo en nuestro sistema por medio de la figura de incapacitación, la cual se recoge en los artículos 199 y siguientes de nuestro Código civil y en los artículos 756 a 763 LEC y que, como veremos en epígrafes posteriores, supone una sustitución total de la persona en la toma de decisiones, incluso en las más básicas de la vida de manera generalizada mediante la tutela, lo que se ha definido en diferentes sentencias del Tribunal Supremo como “muerte civil”²⁹.

²⁹ STS 600/2015 de 4 de noviembre, FJ 4º (2015/VLEX-587402970).

V. LA REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Introducción

Antes de empezar a hablar sobre la incapacidad de la persona en nuestro ordenamiento jurídico y en especial en nuestro Código Civil, quisiera hacer una aclaración hacia una serie de términos que vamos a tratar. La regulación básica al respecto de la incapacidad procede del Código Civil y este sigue empleando el término “incapacidad”³⁰, a pesar que de manera progresiva el mismo se vaya sustituyendo por el termino más apropiado de “modificación de la capacidad de obrar”, por lo que de ahora en adelante el término que utilizaré será el de “incapacidad” por ser el que se emplea en nuestro Código Civil.

Desde la redacción del CC de 1889, se recoge la figura de la incapacidad en nuestro ordenamiento jurídico, la cual se fundaba en la protección de intereses familiares como se desprende del artículo 199 de esta primera redacción del CC en la que se prima la tutela para la persona y sus bienes o solamente los bienes de la misma, es decir, se utilizaba un sistema de sustitución de la persona en pro de la protección del patrimonio y de los intereses familiares pues se entiende que se podría incluso dejar de lado a la persona y centrarnos solo en su patrimonio. Llama también la atención los supuestos que recogió esta primera redacción en lo que respecta a los sujetos a tutela, y centrándonos en el tema de discapacidad que nos ocupa se refería a las personas con discapacidad, como locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer y escribir. También en esta redacción primera la supervisión de esta tutela era llevada a cabo como indicaba el art. 202 por el protutor, así como el consejo de familia.

Es tras la reforma que se produce en el año 1983³¹ de nuestro Código Civil cuando se pasa de un modelo que enfatiza o prima la protección de los intereses familiares, a un modelo que traspasa la esfera estrictamente privada, en la medida en que supone una

³⁰ Tras la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se sustituye el término “incapacidad” por “modificación de la capacidad de obrar”.

³¹ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

privación o limitación de la libertad civil de una persona, afectando al orden público, lo cual implicó mayor intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal³².

Este sistema supuso un gran avance con respecto al sistema anterior, pero en la práctica podemos ver que el sistema no ha funcionado como se esperaba, y esto es básicamente por dos motivos: en primer lugar por la habitualidad de sentencias estandarizadas y el complejo procedimiento para su tramitación. Centra el CC en su redacción actual la protección en la persona incapacitada, es decir, no en aquellos que tienen discapacidad, sino en aquellos que han sido declarados incapaces por los tribunales, lo que se traduce en que al Derecho Privado centra su preocupación en la protección, pero no en la integración de las personas con discapacidad en la sociedad y las medidas adoptadas se basan en el supuesto de que las personas con discapacidad exigen el mismo trato, sin ver por ninguna parte lo que se ha venido llamando “un traje a medida” de cada uno.

2. El sistema de incapacitación

En la actualidad nuestro Código civil regula la incapacitación en los artículos 199 y siguientes, remitiendo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) el procedimiento correspondiente.

El art. 199 CC recoge que “nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. Extraemos de este precepto que cuando hay una causa de incapacitación lo que se da es una situación de hecho, es decir una situación que puede producir una incapacitación, pero la misma no se va a producir en ningún momento por sí sola, sino que será necesaria una resolución judicial que así lo determine y que conllevará un nuevo estado civil de la persona, el cual se inscribirá en el Registro Civil, y la determinación de las causas que llevarán a la sentencia de incapacitación, deben quedar debidamente probadas en el procedimiento. Estas causas están recogidas en el art. 200 CC el cual establece como causas de incapacitación “las

³² PACHECO JIMÉNEZ, M.N: “Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos”, en *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 42.

enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Esta incapacitación es graduable, pues la sentencia que la declare determinará su amplitud y límites, así como el régimen de tutela o guarda al que haya de estar sometido el incapacitado, llevando a cabo si es necesario las revisiones pertinentes por cambios sustanciales en las circunstancias de la persona incapaz que lleven a la modificación de esta incapacitación aumentándola o reduciéndola e incluso extinguirla. Aquí quiero hacer una reflexión personal en lo respectivo a estas supuestas revisiones que se tendrían que llevar a cabo por la existencia de cambios en la persona del incapacitado, las cuales –y lo digo desde mi experiencia con una persona incapacitada judicialmente– son del todo inexistentes, ya sea por falta de medios o por acumulación de trabajo, pero lo cierto es no se dan en la práctica.

3. El procedimiento de incapacitación. Breve referencia

El procedimiento de incapacitación de la persona física viene recogido en la LEC y exige al juez la determinación de la extensión y los efectos de la incapacitación³³ y la práctica de las pruebas pertinentes para garantizar la adecuación de las medidas adoptadas al grado de discernimiento de cada sujeto. Por otra parte el CC recoge una serie de figuras para ejercer la guarda y protección atendiendo a la incapacidad de la persona según sea su grado.

Se configura el procedimiento de incapacitación, como un procedimiento contradictorio destinado a probar que en la persona concurre alguna de las causas legales que permiten restringir su capacidad de obrar con una sentencia de carácter constitutivo³⁴. La LEC regula con detalle el proceso de incapacitación dentro del Libro IV dedicado a los procesos especiales, en el Título I. El órgano competente en el procedimiento es el juez del lugar de residencia del presunto incapaz, si bien en los últimos años ha ido proliferando la creación de juzgados especializados. La regulación de este procedimiento pone de relieve que la determinación de la imposibilidad del autogobierno, la valoración

³³ *Vid.* en concreto el artículo 760.

³⁴ PACHECO JIMÉNEZ, M.N., *op. cit.*, pág. 48.

de su grado, y la elección del correspondiente sistema de guarda, se basan en criterios netamente médicos y que no se tiene en cuenta de manera suficiente la voluntad y las preferencias de la persona³⁵.

Haciendo un apunte en este punto vemos como en el procedimiento de incapacitación volvemos al modelo médico de la discapacidad, abandonando el modelo social que la Convención inspira, no teniendo en cuenta la integración de la persona a la hora de hacer las pruebas pertinentes sino solamente basándonos en aspectos médicos de la misma.

La LEC exige como única prueba pericial de carácter obligatorio que el juez debe tener en cuenta un dictamen médico y el presunto incapaz es tratado como objeto del proceso de incapacitación al que el juez tiene el deber de examinar, pero no tiene la obligación de escuchar³⁶. El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, si no lo hiciere será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado (*ex art. 758 LEC*). Hay una protección efectiva e inmediata que se puede llevar a cabo incluso antes de empezar el procedimiento, la cual va dirigida al presunto incapaz y su patrimonio, el juez puede acordar medidas cautelares necesarias para proteger a la persona o el patrimonio del presunto incapaz (*art. 762 LEC*). Entre estas medidas se pueden encontrar al no haber una lista de las mismas, el nombramiento de un defensor judicial, el internamiento del presunto incapaz en un centro adecuado al mismo, o la entrega de las llaves de su casa a un asistente social, y en el ámbito patrimonial, el nombramiento de un defensor judicial, la autorización para la partición de la herencia, la prohibición de disponer etc.

Regula la LEC en su artículo 761 un procedimiento para la reintegración de la capacidad que ha sido modificada en el procedimiento de incapacitación, en este sentido

³⁵ CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR* 10, diciembre 2012, pág. 67.

³⁶ El artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: “En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

dicho artículo dispone que: “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”. Lo que llama la atención al ver este artículo es que no se prevé una revisión periódica del incapacitado judicialmente, por lo que este precepto lo debemos entender más para los casos en los que se ha producido un cambio sustancial en las condiciones vigentes al momento de la adopción de las medidas iniciales y no en un control regular de las mismas para ajustarlas a las necesidades de la persona en cada momento.

VI. EL SISTEMA DE SUSTITUCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. La guarda y protección en el Código Civil

La guarda y protección de la persona y bienes de los incapacitados se llevará a cabo a través de instituciones como la tutela, la curatela y el defensor judicial, como indica el art. 215 CC. Aquí hay que recordar que también quedan englobados los menores de edad. Este es el sistema tradicional que existe en nuestro ordenamiento jurídico, y que incluso tras la entrada de la Convención se entiende el mismo como un mecanismo de protección, como así lo califica nuestro Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, siendo la primera que hizo alusión a la Convención y a este sistema como un mecanismo de protección y que analizaremos más en profundidad en apartados posteriores, la STS 282/2009, de 29 de abril³⁷, que ve este sistema como contrario a la Convención. Veremos al analizar las diferentes instituciones, que aunque el articulado del Código civil hable de protección en realidad se refiere a unos sistemas de sustitución-representación y de asistencia.

³⁷ Disponible en https://supremo.vlex.es/vid/-60279937?from_fbt=1&fbt=preview&fallbackURLB64=aHR0cDovL3N1cHJlbW8udmxleC51cy92aWQvLTYwMjc5OTM3#section_24 (consulta de 05/04/2020).

En teoría, desde la reforma que se llevó a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela³⁸, el sistema de incapacitación español se configura como un sistema gradual y flexible que exige que la limitación de la capacidad se adecúe al nivel de autogobierno y a las necesidades concretas de protección de cada individuo. Se da la posibilidad desde la reforma de separar la protección de la persona y de los bienes, es decir, se puede ejercer un cargo tutelar solamente de la persona o solamente de los bienes, así como una curatela sobre la persona o sobre sus bienes solamente. No obstante, en la práctica y como se puede observar en las diferentes sentencias de incapacitación, el sistema español se muestra rígido e inflexible. Las sentencias de incapacitación no suelen contener una estipulación de las áreas o de los actos sobre los que se proyecta esa limitación de la capacidad y suelen aludir a la misma de una manera genérica.

a) La tutela

La tutela, regulada en los artículos 222 a 285 CC, es aquella institución destinada a complementar la capacidad de obrar, al designar el Juez, atendiendo al orden de preferencia que indica el art. 234 CC, la persona que ha de cumplir esa función tuitiva de los intereses del tutelado³⁹.

Según el art. 222 CC, estarán sometidos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que se proceda la curatela; los menores que se hallen en situación de desamparo. El Juez constituirá la tutela, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se ejercerá bajo vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 232 CC); también en el propio proceso de incapacitación si se pide. En cualquier momento el Ministerio Fiscal, puede exigir del tutor un informe sobre la situación del menor o del incapacitado, así como del estado de la administración de la tutela. En este punto voy a dar unas notas sobre el funcionamiento del mismo. Tanto antes de la constitución de la tutela, como cada año o cada 6 meses, en la práctica se pide un inventario de bienes del tutelado, el cual hay que presentar ante el juzgado que dictó la

³⁸ BOE núm. 256 de 26 de octubre.

³⁹ PACHECO JIMÉNEZ, M.N., *op. cit.*, pág. 52.

sentencia de incapacitación. En este inventario se recogerán los bienes del tutelado, tanto de carácter mobiliario como inmobiliario, así como los ingresos del mismo, los gastos y cualquier concepto del que haya que dar cuenta que suponga un cambio sustancial en el patrimonio del incapacitado⁴⁰.

En el Código civil se establece un orden para el nombramiento del tutor, que excepcionalmente podrá ser alterado en resolución motivada (arts. 234 y 235 CC). El cargo de tutor, podrá ser designado mediante testamento público notarial por los familiares de la persona de la que se trate, o bien ser la misma persona con una capacidad de obrar suficiente, la que en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro pueda en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad previstas por el Código (art. 241CC). También del mismo modo, pueden ser tutores las personas jurídicas, sin finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 CC), así como las entidades públicas a las que en su respectivo territorio, esté encomendada dicha función.

El tutor está obligado a velar por el tutelado, especialmente a promover la recuperación de su capacidad y administrar el patrimonio de aquel, salvo el caso del patrimonio protegido del incapacitado (art. 5.7 de la Ley 41/2003). Tiene el tutor derecho a una retribución económica, siempre que el patrimonio del incapacitado así lo permita (arts. 274 y 275).

La tutela se extinguirá al dictarse una resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que la modifique, sustituyendo la tutela por la curatela (art. 277.2º. CC), en este momento de cese de funciones, el tutor deberá de rendir cuentas de su administración (arts. 279 y ss CC).

⁴⁰ En el Anexo I del presente trabajo, recogeremos un ejemplo de inventario de bienes.

b) La curatela

La institución de la curatela está regulada en los artículos 286 a 298 del CC, y como indica el artículo 289: *la curatela tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*. Pero si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código civil de autorización judicial (art. 290 CC). Son aplicables a los curadores las mismas normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (art. 291 CC).

El curador no es representante ni administrador del incapacitado. Simplemente debe completar sus limitaciones de capacidad, asistiéndole con su consentimiento⁴¹. Es por esto que como indica el art. 293 CC: *Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes de este Código*. Se contempla básicamente, al igual que en la práctica habitual, el aspecto patrimonial de la actividad de la persona sometida a curatela. Es cierto, que la curatela se entiende más bien como un mecanismo de asistencia en lo patrimonial a la persona incapacitada, por lo que por esto y por la escasa regulación en la materia, y por lo abstracto que en ocasiones puede ser este nombramiento en las funciones del mismo, creo que se tiende más a optar por la tutela que por la misma.

Es cierto que la curatela en los últimos tiempos y a consecuencia de la interpretación a la luz de la Convención en los procesos de incapacitación, está siendo la figura más utilizada por parte del TS en los diferentes recursos a las sentencias de incapacitación total, para dar una solución o para intentar establecer el sistema de apoyo que la propia Convención expresa. Podría la curatela, interpretada a la luz de la Convención y adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, servir de instrumento de apoyo por su función de asistencia.

⁴¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil*, Bercal, Madrid, 2011, pág. 133.

La curatela, ofrece al juez un mecanismo eficaz, para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Tiene esta institución un marco graduable y abierto, en función de las necesidades, en concreto, para la toma de decisiones; es como indica la STS 341/2014 de 1 de julio de 2014, en su Fundamento Jurídico 6º, la necesidad de realizar el traje o trajes a medida necesarios.

Más adelante, analizaremos la curatela en profundidad en su nueva redacción propuesta en el Anteproyecto de Ley, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, y veremos qué nueva redacción y qué visión le han dado a esta institución como medio de apoyo a la persona con discapacidad.

c) El defensor judicial

El defensor judicial, que tiene carácter temporal y residual, viene regulado en los artículos 299 a 302 del CC. Ejerce él mismo una labor de representación, asistencia y protección en determinados supuestos (art. 299 CC). Se trata de una institución de guarda y protección de menores o personas cuya capacidad está modificada. Como norma general, se utiliza para los conflictos de intereses que puedan surgir dentro de un procedimiento de modificación de la capacidad, o cuando las personas sobre las que recae la tutela y la curatela no pueden desempeñarla.

2. Mecanismos no judiciales alternativos a la incapacitación

En la actualidad, y como alternativa a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar (incapacitación), que dan lugar a las expuestas medidas de guarda y protección de las personas con discapacidad, existen una serie de mecanismos para que las personas con discapacidad puedan intervenir de manera válida en un negocio jurídico, así como en cualquier actuación con transcendencia jurídica. Estos mecanismos están dotados de una seguridad jurídica y de una escasa conflictividad judicial. Entre ellos nos encontramos con:

- a) **La guarda de hecho**, la cual se regula en los artículos 303 a 306 CC, engloba aquellas situaciones en las que una persona, sin designación o nombramiento alguno por el Juez, asume por propia iniciativa, la representación y defensa de un menor o de un presunto incapaz⁴². La guarda de hecho, recibe con respecto a los incapacitados y a los presuntos incapaces el mismo reconocimiento que para los menores, con efecto de convalidar sus actos si, habiendo sido realizados en interés de aquellos, redundan en su utilidad. Podría hablarse de que la guarda de hecho existe siempre que alguien, sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz, asume y ejerce de hecho tales funciones⁴³. Por su parte como indica el artículo 304 CC, “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”, hace referencia este artículo a que el guardador actúa en nombre y representación de la persona, sin hacer referencia a la necesidad de que estos actos tengan que ser convalidados o ratificados, lo que choca con lo que recoge el artículo 1259 del CC respecto de los contratos celebrados en nombre de otro sin estar autorizado. No exige la guarda de hecho un documento formal que declare su existencia, lo que es un inconveniente en el tráfico jurídico.
- b) **El poder preventivo**, el cual fue instaurado por la Ley 41/2003 y viene recogido en nuestro Derecho común en el artículo 1732 CC, en el contrato de mandato. Esta institución permite a la persona en su momento capaz, pero que por diferentes circunstancias es sabedora de una futura incapacidad, conferir a personas de su confianza conscientes y capaces, un poder que desplegará su eficacia en el momento en que el poderdante pierda facultades y que permitirá gestionar sus intereses sin que se tenga que recurrir a la incapacitación. Pero lo cierto es que, que después, la falta de controles sobre los actos que se pudiesen llevar a cabo por la persona designada, por el poderdante, acaba llevando a la incapacitación de la persona.

⁴² PACHECO JIMÉNEZ, M. N, *op. cit.*, pág. 56.

⁴³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J.L.: *El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección la Llave, Madrid, 2018, pág. 56.

c) **El patrimonio protegido y la administración de los bienes**, esta figura fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003. Como indica el artículo 1 de la Ley, el Patrimonio Protegido es la masa de bienes y derechos, aportados gratuitamente al patrimonio de las personas con discapacidad, para la satisfacción de las necesidades presentes y futuras de las mismas. Este patrimonio es independiente del patrimonio personal de la persona con discapacidad, se considera este patrimonio protegido por dos motivos, en primer lugar porque tiene una serie de beneficios fiscales y porque su administración está supervisada por el Ministerio Fiscal. Nos encontramos ante un mecanismo de protección de las personas con discapacidad, pues solo puede ser beneficiario del mismo la persona con discapacidad en cuyo interés se constituya, que será su titular, como indica la Ley en su artículo 2: “se considerarán personas con discapacidad a efectos de esta Ley, aquellas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%”. Entre los únicos límites que nos encontramos son que la administración y gestión no puede recaer en personas en quienes concurra causa de inhabilidad para ser tutores, ni en personas que no tengan capacidad para administrar sus propios bienes, se exige autorización judicial para todos los casos que sería necesaria para el tutor, a no ser que la persona beneficiaría tuviese la capacidad suficiente. En cuanto al régimen de publicidad, como medio de garantía, el Notario ha de comunicarlo al Registro Civil, al Ministerio Fiscal, y es necesario constatar la afección de los bienes que lo integran a través del Registro de la propiedad si son bienes inmuebles, al Registro de bienes muebles si se tratase de estos e incluso a través de una entidad gestora si se trata de participaciones en fondos de inversión, instituciones de inversiones colectiva, acciones o participaciones de sociedades.

d) **La autotutela**, es un sistema de protección hacia la persona con discapacidad, pero una protección de futuro, por parte de la misma persona que considere que va a sufrir una posible incapacitación, así como la facultad de los familiares de nombrar el futuro tutor de la persona. Viene recogida esta figura en el artículo 223 del CC, introducida tras la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Se entiende por autotutela la

facultad de toda persona capaz de obrar, de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su futura incapacitación, con respecto a su tutela, su persona o sus bienes. Aquí nos encontramos ante una figura que sí que nos da la posibilidad de realizar un verdadero *traje a medida* en lo concerniente a aspectos personales y patrimoniales. Estos documentos públicos serán comunicados de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Estas figuras de guarda y protección están siendo motivo de revolución en su planteamiento y contenido con la derogación de algunas de estas instituciones así como la adaptación de otras a los principios de la Convención. Este cambio se ha planteado en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, el cual analizaremos en epígrafes posteriores.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre incapacitación

En este apartado pretendo hacer un análisis y una aproximación de algunas de las STS que considero más interesantes en cuanto a la percepción o la visión que tiene nuestro TS en relación con la incapacitación de la persona (modificación de la capacidad de obrar), acercándola a la manera o forma que debería de tener la misma a la luz de la CDPD.

En primer lugar vamos a analizar la STS 282/2009, de 29 de abril, la cual fue la primera STS que recogía el impacto de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico, así como en la manera de ver a la persona con discapacidad y a los instrumentos de sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones. Es evidente, como ya se vio desde la aparición de esta sentencia, la necesidad de hacer un cambio en nuestro ordenamiento como consecuencia de la Convención; pues como indica el mismo tribunal en su sentencia: “La incapacitación, que resulta en el nombramiento de un tutor, es una medida de protección... No se trata de una medida discriminatoria, sino que debe tomarse como una medida de protección a la persona, y solo adaptarse en casos de falta de protección. La incapacitación debe ser la medida más drástica”.

Esta incapacitación, y la privación de derechos de la persona cuyo ejercicio se encomienda a otros, colisiona de frente con el mandato de la Convención de la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad con las demás. Señala la sentencia que la incapacitación total de la persona solo debe darse cuando sea necesario la protección de la persona por una enfermedad mental permanente, pero debe determinarse el alcance y los límites de la medida y siempre ha de ser revisable.

Interpreta el Tribunal que nuestras normas se adecuan a la Convención siempre que las mismas se interpreten conjuntamente. En este sentido menciona los artículos 10, 14 y 49 de la Constitución. Vemos como el mismo Tribunal reconoce que el artículo 12 de la Convención, es la clave en lo concerniente a la incapacitación de la persona, y bajo mi punto de vista, como he dicho anteriormente, la clave de la Convención misma. Al hablar de este artículo 12, hace referencia al sistema de apoyos de la persona con discapacidad, así como al *traje a medida* que hay que hacer sobre esa persona con discapacidad para saber cuántos apoyos o que tipo de apoyo necesita la misma. En cuanto al apoyo al que se refiere el artículo 12, el Tribunal hace referencia, como figura más idónea, a la figura de la curatela, pero reinterpretada a la luz de la Convención porque, como indica, ofrece un marco graduable y abierto, y aprovecha para marcar el camino de una reforma legislativa que nos provea del sistema de apoyos necesarios.

En la siguiente sentencia, la STS 341/2014 de 1 de julio de 2014 vemos cómo el TS explica de manera clara cómo, en virtud de la CDPD, es necesaria la confección de lo que ellos mismos denominan *traje a medida* de la persona con discapacidad, para así llegar al nivel del alcance de la medida necesaria para el apoyo de la persona.

Como antecedentes de hecho, los hijos de la demandada piden la incapacitación total de la misma, cada uno por un lado, al mismo tiempo que pide ser nombrada tutora de la persona la Fundación murciana por la tutela. Reitera el TS en su sentencia, la interpretación de las normas legales de incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y la Convención. Se ratifican, en que la privación de parte o todos los derechos de la persona solo pueden adoptarse como un sistema de protección; se requiere que, para que funcionen esos sistemas de protección tienen que concurrir una serie de requisitos, entre los cuales se recogen que la falta de capacidad ha de ser permanente,

para lo cual hay que llevar a cabo por parte del juzgador una serie de exámenes exhaustivos para conocer el alcance de cada persona, esto es, como ya ha hecho referencia en otras sentencias de llevar a cabo la confección de tantos trajes a medida como sean necesarios para comprobar en qué aspectos afecta esa discapacidad a la persona: “el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección, porque, puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada”⁴⁴.

Vuelve el Tribunal a hacer algunas aclaraciones con respecto a los sistemas de sustitución, y vuelve a sugerir como más adecuado en caso de necesitar la persona de un instrumento de apoyo para su persona, la curatela, para todos aquellos supuestos en los que la persona no necesite de una incapacitación total, para los que sí que sería adecuada a su parecer la figura de la tutela. Vemos cómo el TS no termina de dejar claro el sistema de apoyo adecuado en concreto, pero sí que ve la curatela como el mecanismo dentro de nuestro sistema de sustitución más adecuado a los principios de la Convención y al art. 12 de la misma.

En tercer lugar, es interesante el comentario de la STS 600/2015 de 4 de noviembre, porque el TS recoge en la misma el concepto de “muerte civil”.

En este caso tenemos a Mateo, un joven de 28 años que sufre una discapacidad intelectual leve, cuya madre inició el procedimiento de incapacitación, en principio solo parcial, y el juez en primera instancia determinó que Mateo era incapaz para regir sus bienes y su persona, por lo que determinó una incapacidad absoluta. La sentencia se recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial, la cual rehabilitó la patria potestad en favor de la madre y se le permitió manejar dinero de bolsillo y ejercer el derecho al voto.

El padre recurrió esta sentencia ante el TS, y es aquí donde volvemos a ver una serie de requisitos a los que alude el Tribunal para considerarse la incapacitación total de la persona. En su fundamento jurídico 4º, indica el TS lo siguiente: *Se argumenta que, a la vista de la realidad del presunto incapaz y de la prueba practicada, singularmente el informe pericial forense de 14 de marzo de 2014, se advierte una clara desproporción entre las limitaciones que padece Mateo, propias de una discapacidad intelectual leve, y*

⁴⁴ FJ 6º STS 341/2014 de 1 de julio (2014/VLEX-523367902)

la respuesta judicial laminadora de la incapacidad absoluta, 'una verdadera muerte civil' en definitiva.

Expresa el Tribunal que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su ejercicio, dice el Tribunal que la incapacitación no es una medida discriminatoria, porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias, es por esto que lo que se trata de llevar a cabo mediante la incapacitación de la persona no es un acto de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

En este caso vuelve el Tribunal a instaurar la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, la cual en este caso sería ejercida por la madre. Lo interesante de la sentencia es ver cómo los tribunales admiten que la incapacitación total de una persona corresponde a la muerte civil de la misma, y ya abogan por el sistema de apoyos, aunque utilizando siempre la figura de la curatela al no definirse los mismos en nuestro ordenamiento jurídico a día de hoy.

En cuarto lugar, la STS 373/2016, de 3 de junio el Tribunal se refiere de nuevo a la manera en que debe verse la incapacitación de la persona, desde la concepción de la CDPD, para esto, dice el Tribunal que “se debe hacer una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución”⁴⁵. Esto se debe como hemos visto en las reiteradas SSTs, a los diferentes matices que puede presentar la discapacidad y la concreta necesidad de protección que necesita la persona afectada, como también indica la Convención en su preámbulo letra e), al indicar que la discapacidad 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, y alude al art. 2 de la Convención al hacer referencia a que se tienen que llevar a cabo los ajustes razonables que sean necesarios.

⁴⁵ FJ 3º STS 373/2016, de 3 de junio (2016/VLEX-642656665).

Se vuelve a poner de manifiesto la necesidad de hacer el traje o trajes a medida que sean necesarios, debiendo averiguar la situación de la persona con discapacidad en todas las facetas de su vida.

Concluye el Tribunal en su fundamento jurídico 3º.4, que una vez analizadas las pruebas se procede a cambiar la incapacitación absoluta de la persona llevada a cabo bajo la figura de la tutela, por una modulable y flexible como es la curatela, como complemento a la capacidad de la persona, reinterpretada esta siempre a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Podemos comprobar tras analizar estas sentencias, cómo se ha alejado la discapacidad del modelo médico y se asienta el modelo social de la misma, llevando la incapacitación de la persona a la visión del respeto de los derechos fundamentales y a la necesidad de llevar a cabo un estudio exhaustivo de cada situación de la vida de la persona con discapacidad “traje a medida”, y optar siempre que sea posible por una incapacitación parcial de la persona mediante apoyos, los cuales no se concretan por su falta de regulación y para los que se utiliza la curatela en la mayoría de los casos. Se llega claramente a la conclusión de la incidencia aunque sea de una manera parcial que está teniendo la CDPD en nuestra jurisprudencia.

VII. SISTEMA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN

1. El sistema de apoyos

Vamos a ver en este apartado, cómo debería regularse el sistema de apoyos al que hace referencia la CDPD y los diferentes modelos de apoyos que podrían darse en la práctica y cómo el sistema de apoyos puede o debería afectar a nuestra legislación en el cambio que tiene que suponer para su sistema de sustitución actual.

Es posible destacar dos grandes significados de los apoyos. Por un lado, aquel que los conecta con el ejercicio de los derechos, y en este sentido se habla por ejemplo, de los apoyos en el ámbito educativo o del empleo con apoyo. Y, por otro lado, el que los relaciona con el ejercicio de la capacidad y, en concreto, con la toma de decisiones⁴⁶, siendo este último significado el que nos ocupa dentro de nuestro estudio.

El nuevo sistema de apoyos fruto de la CDPD, se aleja claramente de la regulación actual de la capacidad jurídica en el sistema español. En primer lugar, hay que recordar que la capacidad jurídica es abordada desde los presupuestos del denominado modelo social⁴⁷. Recordemos que este modelo social de la discapacidad no tiene en cuenta las limitaciones individuales de la persona con discapacidad como la causa del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social⁴⁸.

Este modelo social se deja ver en toda la Convención y se refleja claramente en la definición de personas con discapacidad que hace la misma en su preámbulo letra e), así como en su artículo 1, y este modelo social queda reflejado como no podía ser de otra manera en la regulación de la capacidad jurídica. Esta capacidad jurídica ya no trata de

⁴⁶ DE ASÍS ROIG, R.: “La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 126-127.

⁴⁷ CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones...”, *cit.*, pág. 71.

⁴⁸ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J. L.: *op. cit.*, pág. 20.

ver qué tipo de deficiencias tiene la persona, para así ver la incapacitación de la misma, sino que de lo que se trata es de analizar la situación de la persona en particular y establecer las medidas necesarias, las cuales pueden consistir en el apoyo de un tercero, para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás⁴⁹.

Este nuevo sistema de apoyos que se propone o más bien se exige como obligatorio por parte de los estados en la toma de decisiones, dejando a su elección el cómo lo van a modular, debe estar presidido por el principio de intervención mínima. Lo que implicaría un juicio más profundo sobre los apoyos que sobre la capacidad de la persona⁵⁰. Se debe entender la intervención de múltiples actores intervinientes en el proceso de elaboración de los apoyos precisos para cada persona. Entre ellos se puede encontrar la propia persona, los entes jurídicos, como jueces, fiscales, y demás funcionarios con la adecuada preparación para el cometido, también muy importante la figura del notario, el entorno relacional de la persona necesitada de apoyo, los servicios sociales y las asociaciones de personas con discapacidad entre otros.

Hay que recordar en este punto, la incompatibilidad del sistema de apoyos que se propone y los diferentes sistemas de sustitución existentes en nuestra legislación en la actualidad, como son la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la tutela, la cual hemos visto en apartados anteriores al estudiar diferentes sentencias siendo esta la tónica habitual. En este sentido, sí que tendremos que tener en cuenta, qué tipos de apoyos deberán llevarse a cabo para situaciones en las que no quede otro remedio que un apoyo de tal intensidad que pueda suponer la total sustitución en la toma de decisiones de la persona, al igual que habrá que reinterpretar algunas de las instituciones actuales (como el caso de la curatela) para adaptarlos al mandato de la CDPD. Todo esto debe de estar recogido en un documento y este documento estar sometido al régimen de recursos propios del orden civil, así como debería ser inscrito en el Registro Civil.

⁴⁹CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones...”, *cit.*, pág. 71.

⁵⁰ GÓMEZ PALOMO, S./DE LA VEGA AVILA, M.: El CERMI y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: críticas y propuestas de futuro, en *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 77.

Junto a este listado de apoyos a los que se quiere llegar a la luz de la Convención, se deberá de establecer también una serie de salvaguardas para procurar que no se produzcan situaciones que lleven a una influencia o abusos indebidos hacia la persona.

2. Aspectos esenciales del sistema de apoyos

Como ya sabemos en el proceso de incapacitación todo gira alrededor de la sustitución de la persona en la toma de decisiones. Con el sistema de apoyos, lo que debe primar es la asistencia hacia la persona y nunca llegar a la sustitución en la toma de decisiones de la misma.

En este nuevo sistema de apoyos, debe primar la garantía del ejercicio de la capacidad jurídica entendida esta como un todo, es decir, sin hacer distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar como así indica el artículo 12.2 de la CDPD, dando una garantía de igualdad de ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad con todos los demás. Es también por esta igualdad de la capacidad jurídica por lo que pienso que el nuevo modelo de apoyos al que se debe llegar, no tiene que hacer distinción entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad, pues cualquier persona puede necesitar de un apoyo puntual en cualquier momento y podría acudir a este mecanismo para complementar su acto.

En posteriores epígrafes analizaremos en profundidad cuál es el cambio propuesto al actual sistema de sustitución existente en nuestro Código Civil, y si se ajusta a lo que considero debería ser el modelo acertado de apoyos. Como primera aproximación, y a colación de lo expuesto anteriormente sobre la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad con los demás a la luz de la Convención, este nuevo sistema de apoyos debería recogerse bajo la rúbrica de “sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”, así como deberían de desaparecer de nuestro Código civil la institución de la tutela como mecanismo de sustitución de la persona, pudiendo permanecer la curatela, pero con una regulación adaptada a la Convención, y a ese espíritu de asistencia y voluntariedad de la persona con discapacidad.

Las nuevas características que deben llevar aparejados los sistemas de apoyos, deben hacer que la enfermedad o deficiencia como ocurre en estos momentos en la legislación española, no sirva como presunción de falta de la capacidad de la persona, teniendo que atender a factores de la persona, no solo a los médicos para poder decidir en qué grado es la persona capaz de llevar a cabo su día a día en el ámbito jurídico. En este sentido se tiene que confeccionar el ya famoso traje a medida, mirando cada aspecto de la vida de la persona con discapacidad, así como los antecedentes de la misma. Como base fundamental a la hora de confeccionar estos apoyos, hay que tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad o sin ella, pues como hemos comentado anteriormente, el sistema de apoyos puede ser necesario para cualquier persona que necesite de los mismos. A continuación voy a enumerar los aspectos fundamentales y que con base en la Convención deberían de contener estos apoyos:

- a) El sistema de apoyos ha de implementarse de manera gradual, deberá convivir durante un tiempo con el actual sistema de sustitución, hasta que existan los medios y formación necesaria para la total adopción del sistema de apoyos. Ha de diseñarse de un modo abierto e inclusivo dando cabida a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad⁵¹.
- b) Todas las formas de apoyo deben respetar la dignidad inherente, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones) y la independencia de las personas, debe procurarse que estos sean voluntarios y debe diseñarse este sistema de apoyos de manera que sea la persona la que pueda elegir y ejercer el control de forma directa, a fin de que puedan planificar y dirigir su propio apoyo⁵².
- c) El apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en la necesidad o necesidades concreta de las personas que lo necesiten, adaptándose a las diferentes circunstancias sociales, personales, y diferente en cuanto a intensidad según el acto jurídico para el que sea necesario. El apoyo puede ser múltiple y dado por diferentes personas, en diferentes momentos. Aquí me refiero a que una persona puede necesitar de un apoyo de asistencia para un acto concreto de la vida diaria como sería la toma de los medicamentos, para

⁵¹ CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones...”, *cit.*, pág. 75.

⁵² Consejo de Derechos Humanos, 37º periodo de sesiones, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. Párrafo 28, pág. 8.

lo que puede necesitar de una persona de apoyo para no olvidar la toma ni la cantidad, en cuyo caso nos encontraríamos ante un apoyo leve. Diferente sería el caso de la persona que necesite de apoyo para llevar a cabo un acto jurídico como sería la compra de un inmueble en cuyo caso estaríamos ante un apoyo con una intensidad mayor (traje a medida). Los apoyos en función de estas variantes podrán ser formales o informales⁵³. Se debería arbitrar procedimientos judiciales y no judiciales para determinar apoyos concretos.

- d) Este sistema de apoyos ha de ser accesible, adecuado y asequible, deben las administraciones públicas asegurar un número suficiente de programas y servicios en marcha para ofrecer la gama más amplia de apoyos. Han de ser estos apoyos accesibles a las personas con discapacidad sin discriminación alguna. No debe suponer el apoyo una carga económica para la persona con discapacidad, por lo que la administración debe cerciorarse de que el apoyo se ofrezca de manera gratuita o a un costo nominal hasta el máximo de los recursos de los que disponga.
- e) La persona que acepta el apoyo ha de aceptar otra manera de hacer las cosas, que en ocasiones, puede estar fuera de su percepción del buen hacer o que sean menos excelentes o productivas que las que las decisiones que él tomaría, pero esto es para aceptar esa autonomía y toma de decisiones de la persona con las posibles equivocaciones que se puedan producir. Esto tendrá siempre un límite, que será aquel que produzca un perjuicio grave para los intereses o la misma integridad de la persona, teniendo que ponerlo en conocimiento la persona que presta apoyo de manera inmediata ante la autoridad pertinente.
- f) El apoyo no solamente se va a manifestar en unas figuras actualizadas de apoyo en nuestra legislación, sino que también se tienen que proveer de apoyos con relación al diseño universal, en el sentido de que la persona pueda ejercer su plena capacidad jurídica en su vida diaria, con la adaptación de su entorno por parte de los entes públicos y privados, por ejemplo en la adaptación de las entidades bancarias y en la manera en la que se transmite la información para que sea comprensible y pueda por ejemplo abrir una cuenta corriente sabiendo sus condiciones de manera clara.

⁵³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, pág. 192.

- g) El apoyo como he dicho en los puntos anteriores debe respetar la voluntad de la persona, pero existen casos en concreto especiales de personas con discapacidad, las cuales no pueden expresar su voluntad o es muy difícil de concretar (como sería el caso de personas que están en coma, o aquellas que han sufrido un daño cerebral severo). En este caso nos encontraríamos ante la excepción de conocer la voluntad de la persona con discapacidad, así como a la posibilidad de hacer el traje a medida en relación al alcance del apoyo, teniendo en cuenta la preferencia de la persona en ese momento concreto. En estos casos sí que nos encontraríamos ante un apoyo con una intensidad máxima, muy cercano a la figura de la tutela pero en ningún caso debemos incapacitar a la persona, sino que hay que confeccionar un apoyo de tal intensidad que lo represente en todas las facetas que sean necesarias, pero basándonos en la medida de lo posible en la experiencia vital de esa persona y sus preferencias si las conocíamos con anterioridad. Es por esto que los actos que se lleven a cabo en representación de la persona han de hacerse para la persona y no en lugar de esta.
- h) Deben regularse los apoyos como he dicho antes en diferentes graduaciones de menor a mayor intensidad en función del grado de acompañamiento y asistencia que precise la persona, siendo estos de un nivel mínimo, medio y máximo.
- i) Es muy importante que esta determinación de apoyos goce de un régimen de publicidad adecuado tanto para llevar un efectivo control de los mismos, como para procurar el debido conocimiento por los terceros, a fin de hacer efectivo el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, y evitar la alegación de desconocimiento o ignorancia cuando se hayan perjudicado sus intereses⁵⁴.

En este apartado quería hacer una reflexión sobre el sistema de apoyos, pero en relación también con el diseño universal y la propia definición de discapacidad que nos da la Convención con un tema de actualidad. En estos momentos vivimos en nuestro país una situación excepcional, la pandemia sufrida por el COVID-19. En esta situación excepcional se está produciendo una sobrecarga en el sistema nacional de salud, lo que

⁵⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *op. cit.*, pág. 193.

ha llevado a declarar el estado de alarma que recoge nuestra Constitución, con el fin de atajar la propagación del virus. En relación con el sistema de apoyos vemos la importancia que tienen los mismos para las personas con discapacidad, así como el apoyo ya no personal sino social en relación con el diseño universal como he apuntado en el punto f.

La OMS, así como las diferentes asociaciones del mundo de la discapacidad han puesto de manifiesto que las personas con discapacidad pueden estar en mayor riesgo de contraer el COVID-19. Según la OMS, esto se debe a varios motivos, como las barreras físicas que tienen las personas con discapacidad para utilizar instalaciones básicas de higiene o que necesiten tocar cosas (falta de diseño universal), así como la dificultad para promulgar el distanciamiento social, y las barreras para acceder a la salud pública y a la información sobre el coronavirus. Todo esto evitable, con unos apoyos adecuados para poder ejercer los derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad con las demás, un apoyo social por parte en este caso de la Administración para hacer accesible toda la información sobre la situación actual. Vemos que el apoyo va más allá del ejercicio de la capacidad jurídica, el apoyo es necesario tanto para firmar un contrato de suministros (ejercicio de la capacidad de obrar) como para que se hagan efectivos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Aquí nos encontramos ante ese apoyo social.

3. Las salvaguardas al sistema de apoyos

Después de ver algunas de las características que creo deben de tener los apoyos y algunos ejemplos bajo mi punto de vista de cómo deberían configurarse, vamos a ver qué tipo de salvaguardas se deben proporcionar a este sistema de apoyos que velen por el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas que hacen uso del apoyo.

El artículo 12 de la CDPD en su apartado 4º indica que: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los

derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Se desprende de este punto del artículo que se deben de ejercitar una serie de salvaguardas sobre los mecanismos de apoyo, para así evitar los abusos, es decir, evitar que los modelos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución. Se hace hincapié en respetar la voluntad de la persona, sustituyendo el criterio hasta ahora tomado en cuenta del mejor interés de la persona con discapacidad⁵⁵, se deberá tener en cuenta que no haya conflicto de intereses entre el apoyo y la persona a la que se le va a prestar el mismo, cosa que nos llevará a hacer un gran ejercicio de investigación del entorno más cercano y de la persona que requiere del apoyo. Debemos realizar, como pasa en estos momentos, para la persona que está sometida a tutela de una rendición de cuentas por un órgano imparcial judicial o la autoridad extrajudicial. Las salvaguardas deberán de ser proporcionales, claro está que no serán del mismo grado los controles que se deban hacer a una persona con un apoyo de intensidad mínima que para uno de una intensidad máxima.

En el sentido de las salvaguardas y en concreto en la rendición de cuentas, he analizado varias situaciones de personas que están incapacitadas judicialmente, y es un punto en el que la administración debería de hacer un esfuerzo mayor, pues en algunos casos la rendición de cuentas se lleva de manera adecuada, pero en otros nunca llega ese control o llega tarde, al igual que hay veces que es de una magnitud desproporcionada en relación al apoyo que se presta. Este aspecto tiene una importancia de tal magnitud que se producen abusos por parte de las personas que ejercen la tutela de los incapacitados, se llega al punto que una vez que se pide la rendición de cuentas a la persona que presta la representación, nos damos cuenta de que han dilapidado el patrimonio de la persona con discapacidad, o han descuidado su cuidado personal, llegando en muchas ocasiones

⁵⁵ CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones...”, *cit.*, pág. 76.

tarde esta actuación y siendo en la práctica imposible la recuperación de lo perdido por el incapacitado.

4. Ejemplo de diseños de sistemas de apoyos: La Ley 3/2018, de 24 de mayo, de Protección y Apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha

Algunas Comunidades Autónomas están dictando Leyes que aplican de alguna manera el artículo 12 de la CDPD, como la reforma del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. En las distintas Leyes se quiere hacer una adaptación o acercamiento a lo que dispone la CDPD, pero tiene especial interés la Ley 3/2018, de 24 de mayo, de Protección y Apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla La Mancha, por las figuras novedosas del Plan Personal de Futuro y el Agente de Mediación, los cuales son verdaderos garantes de la voluntad, y deseos de la persona con discapacidad.

La Ley 3/2018, de 24 de mayo, de Protección y Apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha surge, en palabras del Presidente de esta comunidad autónoma Emiliano García-Page, de la inquietud de algunos padres que se acercaron a él y le pidieron que tratase de que cuando ellos ya no estuviesen, sus hijos estuviesen bien: *Que será de nuestros hijos cuando nosotros no estemos*⁵⁶.

La Ley 3/2018 se compone de 19 artículos, dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales.

En la exposición de motivos de la Ley se remarca el cambio que supone el artículo 12 de la Convención en el modelo de sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad por un modelo de apoyo o complemento para que la misma pueda adoptar sus propias decisiones. Es por esto que esta Ley se concibe como un instrumento

⁵⁶ GÓMEZ PALOMO, S./DE LA VEGA AVILA, M., *op. cit.*, pág. 80.

que sirva para configurar los apoyos necesarios para la persona con discapacidad a lo largo de su vida.

En esta Ley lo que se pretende es dar el apoyo necesario a la persona con discapacidad, en el momento en el que la familia a la que el preámbulo de la Ley la califica de “apoyo natural”, no pueda prestar el mismo, así como aquellas personas que no cuentan con ese apoyo familiar. Lo que se pretende es realizar el novedoso bajo mi punto de vista *Plan personal de futuro*, realizado con el asesoramiento, orientación y mediación del denominado *agente de mediación*, el cual debe tener en cuenta las preferencias de la persona con discapacidad y de su familia y siempre ajustándose a la realidad de cada momento.

Nos enumera la Ley en su artículo 6 las características que debe tener este sistema de apoyos. Este sistema de apoyos nos dice que puede proceder de personas, tecnologías de apoyo o servicios de habilitación. El objeto de este sistema de apoyos es el de la inclusión de la persona con discapacidad en la comunidad, y el apoyo necesario para la toma de decisiones atendiendo a la voluntad de la misma.

Una figura importante que introduce la Ley es la del agente de mediación, el cual desarrolla una labor de asesoramiento, orientación, mediación, acompañamiento y apoyo en el diseño del plan personal de futuro de la persona con discapacidad. Vemos aquí un ejemplo del apoyo que deben prestar las administraciones públicas a la hora de procurar los apoyos a las personas con discapacidad, y respetar la voluntad de las mismas. Estos agentes de mediación estarán compuestos por personas especializadas en el apoyo a las personas con discapacidad y sus familias como por ejemplo, psicólogos, trabajadores sociales, letrados, etc.

Pero es por el Plan personal de futuro, por lo que he visto necesario hacer un comentario especial sobre esta Ley, pues es un ejemplo del camino a seguir en las transformaciones legislativas que hay que llevar a cabo en la confección de los sistemas de apoyo.

El plan personal de futuro es un proyecto diseñado por la persona con discapacidad, sus familiares y la orientación del agente de mediación. En este proyecto la

persona con discapacidad, con el apoyo necesario expresará su voluntad en cuanto a los mecanismos de apoyo que desea recibir cuando sus apoyos naturales, es decir, la familia no pueda ejercer esa función. El artículo 14 de la Ley establece el contenido del plan personal de futuro, lo que supone un verdadero traje a medida para la persona con discapacidad en todos los aspectos esenciales de su vida, residencia, formación, trabajo, relaciones interpersonales, salud, legal y económica.

Vemos con este ejemplo como la CDPD, se va implementando en nuestro ordenamiento y un ejemplo claro de una estructura de sistema de apoyos basándose en los principios de la Convención al menos en cuanto a respetar la voluntad de la persona con discapacidad, pero necesitando aún de un cambio radical en cuanto a admitir a la persona con discapacidad como sujeto de derechos en igualdad de condiciones con todas las personas, para lo que es más importante y veremos ahora de una modificación de nuestro Código Civil en materia de capacidad jurídica.

VIII. ADAPTACIÓN NORMATIVA AL CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN: EL CÓDIGO CIVIL

1. Evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad

En esta última parte de mi trabajo, me voy a centrar en la propuesta que tenemos sobre la mesa de adaptación normativa a la CDPD. Voy a abordar la reforma del Código Civil, propuesta en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante Anteproyecto). En concreto me voy a centrar en los cambios relativos a la capacidad jurídica de la persona y la incapacitación, así como las instituciones de guarda y protección existentes a día de hoy en nuestro Código y las propuestas de un nuevo sistema de apoyos aportada por este anteproyecto.

El cambio, que esperamos, estamos a punto de materializar, es fruto de años de reivindicaciones de las personas con discapacidad, familiares y asociaciones, para el respeto de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Son varios los avances

que se han hecho en materia de discapacidad, pero es desde la aparición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando tenemos un poderoso instrumento de cambio, pues tenemos un instrumento vinculante de derechos humanos, y antes de la aparición de la misma teníamos meras declaraciones de intenciones. Se han ido produciendo cambios en diferentes leyes en el ámbito de la discapacidad, pero todavía no se ha llevado a cabo el cambio en el tema central de la Convención misma como es el tema de la capacidad jurídica recogido en el artículo 12.

En la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad se pueden señalar tres grandes hitos:

- a) La Constitución Española de 1978, que se preocupa por la integración de las personas con discapacidad, abandonando la tendencia de separación y marginación de las personas con discapacidad, como se aprecia en su artículo 49.
- b) La reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1983, que supuso un avance notable en el tratamiento jurídico de la discapacidad, introduciendo la figura de la curatela, y trasladando el control de la tutela del Consejo de Familia⁵⁷ al ámbito judicial.
- c) Como tercer avance fue la aparición de la Convención de 2006, la cual cambió el enfoque de la discapacidad⁵⁸.

Es necesario y obligatorio este cambio en la legislación civil en materia de discapacidad, y más concretamente en lo relativo a la capacidad de obrar de la persona, su incapacitación y la sustitución de la misma, dejando de lado ya el modo objetivo de considerar la protección de la persona con discapacidad, es decir, en interés de la misma, y ver este modo de protección (apoyo) desde una visión subjetiva, atendiendo a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.

⁵⁷ Código Civil de 1889, artículo 201: “La tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia”.

⁵⁸ PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 5 a 28.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a 9 de abril de 2019, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados, que remitió España, expresa su inquietud de que siga en nuestro país recogido en el Código Civil la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones.

En concreto el Comité recuerda a España su observación general núm. 1 de 2014 en la que se refiere al artículo 12 de la Convención y a su mandato de igual reconocimiento como persona ante la ley para las personas con discapacidad. En concreto el Comité recomienda que el Estado parte, derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad⁵⁹.

2. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

Desde la aparición de la CDPD, se ha producido en nuestra normativa una adaptación a la misma, pero es tras la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando en su Disposición Adicional Séptima, exige al Gobierno que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, lleve a cabo un proyecto de Ley para la reforma del ordenamiento jurídico en adaptación de lo dispuesto por el artículo 12 CDPD en lo relativo a la capacidad jurídica. Sin embargo, no es hasta el año 2015, cuando el Ministro de Justicia establece la labor de desempeñar la reforma en la legislación civil en materia de capacidad.

⁵⁹Disponible en <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (consulta de 28/04/2020).

En el momento de afrontar este reto se partía de un borrador inicial el cual tenía en cuenta la propuesta de esquema básico del CERMI para instaurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones de acuerdo con la CDPD, en el que participó también la Subcomisión de Expertos sobre el artículo 12 CDPD de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad, así como también se tuvieron en cuenta las aportaciones de D. Carlos Ganzenmüller Roig, Fiscal del Tribunal Supremo. Igualmente se han tenido en consideración aportaciones posteriores de personas con discapacidad y entidades relacionadas con el mundo de la discapacidad. Pero no es hasta el 21 de septiembre cuando tenemos un Anteproyecto definitivo, que es presentado por las Ministras de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social a consideración del Consejo de Ministros.

Como indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en el mismo se reforman el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil, con lo que se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD y a lo dispuesto en su artículo 12, que proclama la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad con las demás en todos los aspectos de la vida, mediante el acceso a los apoyos que puedan necesitar. Recoge la exposición de motivos del Anteproyecto, lo variados y amplios que pueden ser los apoyos englobando todo tipo de actuaciones, desde las más básicas de la vida diaria a las más complejas⁶⁰.

3. La reforma del Código Civil

La reforma más importante, como ya he indicado anteriormente, es la que se va a llevar a cabo en la legislación civil. Se inspira esta reforma en otros ordenamientos europeos y en las directrices del Consejo de Europa. Se regulan las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, otorgando preferencia a las medidas preventivas, como los

⁶⁰ Como indica la exposición de motivos: “La idea central es el nuevo sistema de apoyos a la persona que los precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un termino amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esta situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones”.

poderes y mandatos preventivos, a la vez que se establecen otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho, y se regulan las instituciones de la curatela y el defensor judicial, también la prodigalidad. La tutela queda reservada en esta reforma a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, y corresponde al defensor judicial atender el complemento de la capacidad de los emancipados. Asimismo, se adaptan otras normas del Código civil para ajustarse a la reforma, modificándose reglas de Derecho Internacional Privado, de Derecho de familia (crisis matrimoniales, filiación, sociedad de gananciales), Derecho de sucesiones y Derecho de contratos.

Lo que se pone de relieve en esta reforma es el cambio en la terminología utilizada por el Código Civil. Dentro del Libro I se modifica el Título IX, el cual pasa a denominarse “De la tutela y de la guarda de los menores”, se deja la tutela como exclusiva para los menores no emancipados y que estén en situación de desamparo y no sometidos a patria potestad. El Título X pasa a denominarse “De la mayor edad y de la emancipación” (ahora es el Título XI), el Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo, que pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. En el Capítulo II del Título XI, con la rúbrica “De los poderes y mandatos preventivos”, se ha querido dar mayor relevancia a la voluntad de la persona como inspira la CDPD, por lo que se pone por delante la voluntad de la persona con discapacidad en la decisión de los futuros apoyos que pueda necesitar, como así indica la exposición de motivos del Anteproyecto : “La nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela”. Esta preferencia a la voluntad de la persona se pone de manifiesto en el artículo. 248, párrafo segundo⁶¹.

⁶¹ Artículo 248, párr. 2º: “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”.

TEXTO ACTUAL	ANTEPROYECTO
TÍTULO X del LIBRO PRIMERO De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados	TÍTULO IX del LIBRO PRIMERO De la tutela y de la guarda de los menores <i>(La tutela se dirige solamente a los menores no emancipados)</i>
TÍTULO XI del LIBRO PRIMERO De la mayor edad y de la emancipación	TÍTULO X del LIBRO PRIMERO De la mayor edad y de la emancipación
EN EL TEXTO ACTUAL ESTAS INSTITUCIONES SE RECOGEN EN EL TÍTULO X del LIBRO PRIMERO	NUEVO TÍTULO XI. De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. <i>Artículos 248 a 297, en ellos se recogen las nuevas instituciones de apoyo a las personas con discapacidad: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial</i>
LA CURATELA SE ESTABLECE PARA LOS DECLARADOS PRÓDIGOS	TÍTULO XII del LIBRO PRIMERO Asistencia en caso de prodigalidad y disposiciones comunes. <i>Artículo 298: “La resolución que declare la prodigalidad nombrará la persona que asistirá al declarado pródigo.</i>

Fuente: Elaboración Propia

4. La reforma del Código Civil sobre discapacidad

Como ya he recogido anteriormente, el Anteproyecto cambia la terminología del Título X del Código Civil, el cual pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. El primer cambio relevante y posiblemente más importante y acorde con la CDPD, es la eliminación de la incapacitación de nuestro sistema, así como la eliminación de la tutela para las personas mayores de edad. En su lugar recoge el Anteproyecto, la regulación de un sistema de apoyos, que da prevalencia a las medidas preventivas, pudiendo planificarlas la persona antes de la necesidad de asistencia, mediante los poderes y mandatos preventivos y la autcuratela. Así mismo, se regulan

otras instituciones de apoyo, las cuales, se conciben de carácter subsidiario, como son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Como indica la exposición de motivos del Anteproyecto, esta reforma no se trata solamente de un mero cambio de terminología, sino de un nuevo y más acertado enfoque con la realidad. Aquí el Anteproyecto pone de manifiesto la constante vulneración de derechos que han sufrido las personas con discapacidad, y reafirma que las personas con discapacidad son titulares del derecho en la toma de decisiones, derecho que ha de ser respetado. Recoge la exposición de motivos el modelo social de la discapacidad, cuando expresa que: “Las limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”. Se pone de manifiesto en el Anteproyecto y como he indicado anteriormente en otros puntos del trabajo, la necesidad de una transformación en la mentalidad social y especialmente en los profesionales del Derecho, los cuales han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan caducos.

El nuevo Título XI que sustituye al actual Título X y que pasa a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, recoge las Disposiciones generales en sus artículos 248 a 253. Ya manifesté en el epígrafe de este trabajo relativo a los apoyos, cuál sería, bajo mi punto de vista, la rúbrica más acertada para este nuevo Título XI, “sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”. Vemos que con el nuevo título los apoyos se establecen para un colectivo en concreto “las personas con discapacidad”, pero estos apoyos como ya dije pueden ser necesarios para cualquier persona, con o sin discapacidad que los necesite para el ejercicio de su capacidad jurídica. El artículo 248 recoge, que cualquier persona mayor de edad o emancipada puede verse necesitada de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que se da la situación de una generalidad en algunos artículos, y de una especificación de las personas con discapacidad en otros. En el artículo 249 del Anteproyecto, se recogen las instituciones de apoyo de las personas con discapacidad, las cuales son la guarda de hecho, que se establece como un apoyo informal o natural, la curatela, que se establece como apoyo continuado y el defensor judicial, que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

5. Análisis de las instituciones de apoyo

5.1. La guarda de hecho

Viene regulada en la actual redacción del Código Civil en los artículos 303 a 306, mientras que en la regulación propuesta viene recogida en los artículos 261 a 265. Se ha potenciado en el Anteproyecto la figura de la guarda de hecho, como un apoyo informal, que evita la judicialización excesiva de la vida de las personas que precisan asistencia en el ejercicio de su capacidad⁶². Deja de ser, como indica la exposición de motivos, “una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad”. Es la guarda de hecho, un apoyo basado en los hechos, que solo puede subsistir en caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales que resulten eficaces (artículo 261 párrafo primero Anteproyecto), y no se prevé su inscripción en el Registro Civil, pues su existencia no limita ni condiciona la decisión del juez a la hora de establecer cualquier otra medida de apoyo.

Es la guarda de hecho, en la regulación actual, una institución transitoria, pues como indica el artículo 303 CC se mantendrá “hasta que se constituya la medida de protección adecuada”. La guarda de hecho no se considera una “medida de protección adecuada”, sino una medida *a sensu contrario*, “inadecuada”, y por tanto transitoria⁶³, pareciendo además que su esencia radica en su sometimiento a control por parte de la autoridad judicial⁶⁴.

De la nueva regulación de la guarda de hecho se desprende que la misma no es una situación transitoria, cuando el artículo 261 indica que “quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con 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”. Lo que sí que echo de menos en la

⁶² CUENCA GÓMEZ, P.: “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *CEFD*, 2018, pág. 95.

⁶³ PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, págs. 5 a 28.

⁶⁴ Artículo 303 Código Civil y artículo 52 de La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015.

regulación de la guarda de hecho, como en algunas de las otras medidas de apoyo, es la inclusión de forma expresa de los principios que deben presidir en la actuación de los apoyos, es decir, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como manera de actuar del guardador de hecho. En la nueva regulación de esta guarda de hecho, también se tiene que cambiar el enfoque de la anterior regulación, la esencia no debe ser el control de este apoyo⁶⁵, aunque por supuesto, tiene que haber la posibilidad de ese control como indica ese artículo 263 del Anteproyecto.

Para convertir esta institución en una verdadera institución de apoyo, deberían de haberse establecido las salvaguardas necesarias para controlar el ejercicio de la guarda de hecho, pues en principio es una institución a la que se le tiene que dar la libertad de ejercicio, pero esta libertad sin un control específico, aunque no sea judicial, puede llevar a situaciones de abuso sobre la persona apoyada, como podría ser la influencia en la firma de un microcrédito por una persona mayor a la que se le distorsione la realidad. Esto es así porque como indica la exposición de motivos del Anteproyecto, al referirse a la nueva redacción de la guarda de hecho, hace referencia a la familia, siendo esta el grupo de solidaridad y apoyo, pero bien es cierto, que no se puede dejar en manos de la presunta buena fe de familiares, la buena gestión de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, las que pueden ser mal influenciadas por los mismos familiares.

5.2 La curatela

La figura que el legislador ha utilizado como apoyo judicial y continuado para la persona con discapacidad es la curatela, una curatela reinterpretada a la luz de la CDPD, es decir, sigue la estela jurisprudencial del Tribunal Supremo desde la STS 282/2009, de 29 de abril, la cual fue la primera STS que recogía el impacto de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico. En esta Sentencia, el Tribunal adoptaba como más adaptada la curatela, pero reinterpretada a la luz de la Convención por su naturaleza gradual.

Viene recogida la curatela en el Anteproyecto en el Capítulo IV, artículos 266 a 292. Se ha dado un cambio radical a la figura de la curatela adaptándola a los requisitos

⁶⁵ PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, pág.19.

de la CDPD, cosa que ya vemos en el número de artículos (26) que la regulan, cuando en la actual regulación solamente se dedicaban 8 artículos. En el artículo 266 del Anteproyecto, se recogen las características de las medidas judiciales, en este caso la curatela, aunque sí que es cierto que lo recoge de una manera general y no específica. Se hace referencia aquí al término “persona que las precise”, haciendo referencia a cualquier persona, que como ya he dicho anteriormente no es homogénea en el articulado. Se concibe la curatela como un apoyo permanente, graduable, en función de las necesidades de las personas, e individualizado o personalizado. Se recoge del mismo modo la temporalidad de esta figura, al establecer que se revisarán las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. Con la redacción que tiene este artículo y las características que tienen que contener las medidas judiciales, parece que sí se ajusta a las exigencias del artículo 12 de la CDPD.

En el artículo 267 del Anteproyecto, se especifica que la curatela se establecerá cuando no existan otras medidas de apoyo suficientes para la persona con discapacidad (se vuelve a especificar al colectivo concreto), y se establece que la autoridad judicial deberá determinar los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Pero es en el párrafo tercero de este artículo, donde a mi parecer, vemos el primer choque entre lo que la Convención y la Observación General nº1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁶ exige con respecto a la sustitución en la toma de decisiones de personas con discapacidad, pues indica el mismo que: “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”. Aquí vemos una doble vertiente de la curatela, esta puede ser una curatela asistencial⁶⁷ y representativa.

⁶⁶ En el párrafo 28 de la Observación General nº1, se exige a los Estados que se eliminen las instituciones que supongan la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad, al igual que no se deben llevar a cabo apoyos asistenciales a la persona con discapacidad, que convivan con otros que puedan representar a la persona.

⁶⁷ Vertiente que se desprende de la exposición de motivos del propio Anteproyecto acerca de la curatela: “El propio significado de la palabra curatela-cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial”.

Sí que podríamos pensar que nos encontramos ante una tutela disfrazada de curatela pero, en mi opinión, hay casos que va a resultar imposible conocer la voluntad de la persona y van a necesitar de una representación de la misma. Esta representación que se tendrá que llevar a cabo en ciertas situaciones, no es incompatible con el espíritu de la Convención de atender a la voluntad de la persona, atendiendo a su trayectoria vital, es por esto que el traje a medida que hay que confeccionar a la hora de establecer los apoyos necesarios, ha de ser una ardua tarea de investigación con todo el entorno de la persona, tanto para acertar en el establecimiento del apoyo como en los actos en que este deba representarla⁶⁸. Aunque pueda parecer que nos encontramos ante una tutela con diferente nombre, es muy diferente a la antigua figura (aún vigente), pues como se indica ya en la Sección 3ª del Anteproyecto con respecto al ejercicio de la curatela, el curador debe respetar la voluntad y preferencia de las personas, así como deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona.

No es de extrañar, y más habiendo analizado algunas de las Sentencias dictadas en relación con la incapacitación de la persona, que esta curatela representativa pueda darse como la tónica habitual de los Tribunales, desvirtuando el modelo de apoyo que se persigue con esta nueva concepción de la curatela. Es por esto que en el caso de que se diese una curatela representativa, la resolución deberá contener específicamente qué actos son los que serán objeto de representación, y nunca incluir la sentencia, una mera prohibición de derechos (como se hacía de manera reiterada con el derecho al voto), cosa que sí viene recogida en el artículo 267 del Anteproyecto.

Recoge el Anteproyecto, en el artículo 269, la figura de la autocuratela, dando la posibilidad de que la persona en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248, pueda en escritura pública⁶⁹ proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la curatela. La declaración de voluntad de la autocuratela, es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que

⁶⁸ Claro ejemplo de “traje a medida” que recoge la propia exposición de motivos del Anteproyecto: “El procedimiento de provisión de apoyos, debe alejarse del sistema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o “de mesa redonda”, con profesionales especializados de los ámbitos jurídicos, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”.

⁶⁹ Resulta de gran importancia, el papel que va a llevar a cabo el Notario en el nuevo sistema de apoyos, siendo también, en línea con la Convención, una medida de salvaguarda para las personas con discapacidad. El Notario, es una autoridad que puede apoyar al ciudadano y puede interactuar con la persona con discapacidad.

constituya la curatela, nombre o excluya a determinadas personas como curador, se determine su régimen orgánico y funcional⁷⁰. No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de la propuesta llevada a cabo por la persona, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela (artículo 274) o del Ministerio Fiscal. Siempre que se prescinda de la voluntad de la persona en el documento público de autocuratela, la resolución deberá ser motivada y se producirá cuando existan 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.

Al comparar las disposiciones actuales en las que se recoge la posibilidad de nombrar tutor (autotutela), recogidas en el artículo 223 CC párrafo 2º, por parte de la persona, y la posibilidad de nombrar curador (autocuratela) en la redacción del nuevo Anteproyecto, se pone de manifiesto el cambio en la visión de la capacidad jurídica de la persona. El art. 223 CC en su la redacción actual nos da la posibilidad de que la persona con capacidad de obrar suficiente, pueda adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Es en la nueva redacción del Anteproyecto, en el artículo 269 relativo a la autocuratela donde se deja de lado la mención a la suficiente capacidad de obrar de la persona, y se pone de relieve la capacidad jurídica de la persona sin restricciones, cuando indica que podrán proponer el nombramiento de curador, “cualquier persona mayor de edad o menor emancipada”.

El artículo 274 establece la prelación a tener en cuenta por la autoridad judicial a la hora de proceder al nombramiento del curador, si no tuviésemos una propuesta por parte de la persona precisada de apoyo. Pero debemos tener en cuenta que la autoridad judicial no está sujeta a este orden de prelación una vez oída la persona necesitada de apoyo, para asegurar que la designación que se realice atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

En los artículos 280 a 288 del Anteproyecto, se recogen las normas para el ejercicio de la curatela, las cuales bajo mi punto de vista están en concordancia con las exigencias de la Convención, pues se desprende de las mismas la necesidad por parte del curador de respetar en todo momento la voluntad, deseos y preferencias de la persona, así

⁷⁰ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: “La autocuratela en el anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018 pág. 88.

como procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Es muy importante la referencia que hace el artículo 280 en cuanto al curador representativo, al indicar que deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y creencias de la persona, para así tratar de determinar la decisión que hubiera tomado la persona en caso de no requerir representación. También es de gran importancia, la función que debe tener el curador para que la persona a la que presta apoyo, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

En el artículo 283 del Anteproyecto se impone la obligación para el curador de hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo. El plazo para la realización del inventario será de 60 días desde que se toma posesión del cargo, salvo que por alguna causa excepcional se deba prorrogar, se formará el inventario ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, y si existe dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que a juicio del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, no deban quedar en poder del curador, deberán ser depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Es de gran importancia la realización de este inventario, así como su control periódico, a mi parecer ideal cada 6 meses para llevar un control y una salvaguarda ante posibles abusos por el curador hacia la persona con discapacidad. Es frecuente en la práctica, la dejadez en estas cuestiones, llevando en algunas ocasiones a dilapidar el patrimonio de la persona con discapacidad, como he podido comprobar personalmente por la experiencia vivida con algunas personas con discapacidad sometidas a tutela. Del mismo modo, el curador una vez extinguida la curatela, caso contrario al anterior en el que se rinden cuentas estando activa la misma, se rendirán cuentas como indica el artículo 290, en el plazo de 3 meses, prorrogables si es necesario. En caso de no rendir cuentas de manera voluntaria, la acción para exigir la rendición prescribe a los 5 años. Es muy importante también que antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oiga a la persona que hubiera estado sometida a curatela o sus herederos, esto es para el caso de que la causa de extinción de la curatela sea porque la medida de apoyo ya no resulte pertinente.

También es importante el punto de la responsabilidad del curador, como indica el artículo 292: “El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo”, prescribiendo la acción para reclamar la responsabilidad a los 3 años. Aquí debemos tener en cuenta el añadido párrafo 4º al

artículo 1903 CC a tenor del cual: “Los curadores con facultades de representación plena, lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”. Es cierto, que la persona con discapacidad en atención al nuevo enfoque obligado desde la Convención, tiene que ser responsable de sus errores o por lo menos poder cometerlos, no velando siempre en el interés de la misma de una manera absoluta, pero en el caso de darse una curatela representativa, en la que el curador toma decisiones en nombre de la persona con discapacidad, no podemos admitir esta responsabilidad de la persona con discapacidad y si del curador en todos los actos en los que tome decisiones en nombre de la persona. Tenemos en esta responsabilidad una salvaguarda de la persona con discapacidad.

En este apartado de la curatela quiero mencionar los cambios que se han introducido en el procedimiento para el nombramiento del curador. En primer lugar, proponen los cambios nominales de los procedimientos, se modifica la rúbrica del Libro IV, Título I, Capítulo II, de la LEC, que pasa a llamarse “De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad”. Se deja atrás los términos “capacidad” o “incapacidad”. El proceso judicial pasa a tener carácter subsidiario, pasa el procedimiento a ser de tramitación preferente, será siempre parte el Ministerio Fiscal. En el caso de que en la demanda se solicite un curador determinado, se le debe dar traslado a este para que pueda alegar lo que estime oportuno al respecto, en el momento de la admisión de la demanda, como indica el nuevo articulado del artículo 758 se debe solicitar al Registro Civil certificación sobre las medidas de protección inscritas. Este mismo artículo en su párrafo segundo, se prevé la designación de un defensor judicial (salvo que ya lo hubiere previamente) en el caso de que no haya comparecido en los 20 días que tiene para contestar la demanda.

Pero es en las pruebas que se tienen que practicar en estos procedimientos de adopción de medidas judiciales de apoyo, donde se ha producido un gran cambio, dando una nueva redacción al artículo 759 LEC: deberá reconocer el Tribunal por sí mismo a la persona afectada, se dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos del afectado. Cuando no esté propuesto el nombramiento del curador, se oirá a los parientes más próximos del afectado, al afectado mismo, así como las demás personas que el tribunal considere oportuno. Novedoso es también, que si la sentencia sobre las

medidas de apoyo es apelada, se deberán llevar a cabo las pruebas necesarias, así se tiene en cuenta de nuevo a la persona con discapacidad teniendo en cuenta sus condiciones y circunstancias. Podría este articulado de la LEC relativo a la práctica de la prueba y del procedimiento de provisión de apoyos, haber introducido un sistema de prueba como indica la exposición de motivos, de mesa redonda, en el que se incluyan profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten necesarias en cada caso (traje a medida).

La remoción del curador se recoge en el artículo 276 del Anteproyecto. Será removido de su cargo quien incurra en causa legal de inhabilidad, el que se conduzca mal en su desempeño como curador, o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados. Quiero destacar como crítica a este apartado de la remoción del curador, que se excluye la posibilidad de que la propia persona con discapacidad pueda expresar su voluntad de remoción del curador, cosa que choca con los principios de la Convención de darle preferencia a la voluntad de la persona con discapacidad y que esta pueda decidir con plena capacidad.

5.3 El defensor judicial

Recoge el Anteproyecto también la figura del defensor judicial como medida de apoyo a la persona con discapacidad. Se establece especialmente para ciertas situaciones, como la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad, o la imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Viene recogido el defensor judicial en el Capítulo V, Título XI, Libro Primero del Anteproyecto, en los artículos 293 a 296. Se remite a la curatela para los casos de inhabilidad, excusa y remoción del curador, lo que pone de relieve la curatela como figura central de este Anteproyecto. Si que es cierto que la figura del defensor judicial, como pasa con la guarda de hecho, no menciona los principios generales que deben presidir su actuación, al igual que no se tiene en cuenta la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda decidir a quien nombrar defensor judicial.

IX. CONCLUSIONES

1. La sociedad debería dejar de lado la concepción que tenemos sobre las personas con discapacidad. Queda ya lejos la concepción médica en la que la persona con discapacidad es aquella que sufre una deficiencia que le impide su normal actuación en la sociedad. A día de hoy tendría que prevalecer la concepción social de discapacidad, ya que es la sociedad misma la que es discapacitante con su actitud y forma de organización, lo que supone una barrera para que la persona con discapacidad pueda actuar en la sociedad en igualdad con todas las demás. Ante la situación actual de pandemia que estamos viviendo hemos visto cómo se sigue viendo a las personas con discapacidad como no merecedoras de derechos en igualdad de condiciones con el resto, considerándolas inferiores como personas, llegando en algunos casos a negárseles el acceso a la sanidad en igualdad. La calidad de una sociedad, según mi opinión, se mide en la manera en que esta respeta los derechos humanos de todas las personas que la forman, no pudiendo producirse ningún tipo de discriminación por ninguna condición.

2. Hoy nos encontramos con una verdadera palanca de cambio para que cualquier persona con discapacidad pueda exigir el respeto de sus derechos más fundamentales en todas las facetas de la vida, nos referimos a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención constituye un verdadero instrumento de derechos humanos que debe servir como faro para iluminar el ordenamiento jurídico de cada Estado, para así garantizar la plena inclusión de las personas con discapacidad. El Derecho debe acomodarse y responder la realidad social actual.

3. El mayor reto ante el que nos encontramos desde la citada Convención, es el cambio radical en el concepto de capacidad jurídica (entendiendo esta –a partir de ese momento– como la capacidad para ser titular de derechos y poder ejercerlos). En el artículo 12 de la Convención se incide en el igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad. No podemos seguir manteniendo la división entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, simplemente hay una capacidad, y esta es la capacidad jurídica, requiriendo la misma en algunas ocasiones de una asistencia para ejercerla, pero de ningún modo, se puede llegar a una muerte civil de la persona por el simple hecho de tener una capacidad diferente a la mayoría.

4. Desde la aparición de la CDPD, se ve un cambio en la concepción de la discapacidad y de los derechos de las personas con discapacidad. Se ha producido un cambio jurisprudencial desde la primera STS 282/2009 de 29 de abril, que reflejó los principios de la Convención, lo que ha llevado a una verdadera doctrina jurisprudencial que aboga por una limitación en la incapacitación de la persona, pero que a día de hoy en la práctica sigue sin llevarse a cabo y ha dado lugar a una proliferación de recursos. Todo esto se solucionaría con la reforma de la legislación civil y procesal en materia de incapacitación de manera inmediata. No se puede seguir sosteniendo, como hace el propio Tribunal Supremo, que las instituciones de guarda y protección que recoge el Código Civil son adecuadas siempre que se interpreten conforme a la Convención, pues en el caso de la tutela se produce una incapacitación total de la persona y una sustitución de la misma. Y algo similar acontece con la curatela, aunque más flexible, que ha de ser revisada en aras de limitar los actos que se pueden llevar a cabo por el curador.

5. Necesitamos la regulación inmediata de un sistema de apoyos para la persona, apoyos no solo en los ámbitos de ejercicio de la capacidad, sino también para el pleno ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con los demás. Necesitamos del mismo modo un cambio en toda la normativa del día a día, y con esta me refiero por ejemplo a la Ley de Propiedad Horizontal (entre otras), para poder llevar a buen fin los principios y obligaciones recogidos en la Convención en cuanto al diseño universal, adaptando todo lo cotidiano a todas las personas y nunca buscando la adaptación en exclusiva para una persona por su discapacidad, pues mi carencia de diseño de hoy puede ser tu discapacidad de mañana.

6. La reforma más urgente que se tiene que llevar a cabo es la que propone el Anteproyecto de Ley en la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Después de haber estudiado la misma, me parece acorde a las exigencias de la Convención y de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ella se elimina la figura de la incapacitación y se hace un cambio terminológico, dejando atrás expresiones inapropiadas hacia las personas con discapacidad. Los sistemas de apoyo son adecuados y ellos recogen los principios y el espíritu de la Convención. Sí que es verdad que hay algunos aspectos como la curatela representativa que chocan con lo que el artículo 12 de la Convención expone sobre la capacidad jurídica, pero bien es cierto que estoy totalmente de acuerdo con la misma, pues hay situaciones en las que no se puede tener conocimiento de la

voluntad de la persona y eso es una realidad. Es por esto que se debería de hacer un esfuerzo enorme en conocer la voluntad de la persona que necesita ese apoyo de más intensidad, recogiendo en la misma reforma el sistema de mesa redonda de expertos y personas cercanas a la persona para formar ese traje a medida al que me he referido y analizar la trayectoria vital.

7. Debería introducirse en la nueva regulación unas figuras similares al Plan Personal de Futuro y al agente de mediación, mediante los cuales se pudiera conocer con exactitud las preferencias de la persona y su trayectoria vital, y velar por sus intereses mediante revisiones periódicas. Esto es así por mi desacuerdo en algunas ocasiones en el apoyo natural que se deposita en la familia, la que el mismo Anteproyecto cita de núcleo y apoyo de la persona, ya que en numerosas ocasiones, es la propia familia la que más perjudica a la persona con discapacidad.

8. Nos queda un gran camino por recorrer en el ámbito de la discapacidad, tenemos que formar a todos los entes que entran en juego, desde jueces, fiscales, abogados, profesores, empresarios, etc. La salud de una sociedad se mide por la salud de los derechos fundamentales de todas las personas que la forman, es por esto que esperemos se tomen las medidas, apoyos y eliminación de barreras para que cualquier persona con o sin discapacidad goce plenamente de todos sus derechos fundamentales sin excepción.

9. Considero que es el miedo la principal causa por la que no se ha puesto en marcha la nueva normativa sobre capacidad y sistema de apoyos, miedo que es consecuencia de una tradición jurídica muy arraigada. Lo que se está solicitando desde el sector de la discapacidad es un cambio de mentalidad, que no llega a producirse por el temor a equivocarse.

ANEXO I. Ejemplo de Inventario de Bienes

Incapacitación XXXX/XXXX.

AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 4 DE ELCHE

D.....y DOÑA..... ante el Juzgado comparecen y **DICEN:**

Que mediante providencia de fecha 13/07/2019 y notificada el 15/07/2019 se nos requiere para que presentemos informe respecto a nuestro hijo **D.**

Que mediante el presente escrito cumplimentamos dicho requerimiento en el siguiente sentido:

1º Que **D.**, reside en el domicilio sito en En dicho domicilio cohabita con sus padres abajo firmantes.

2º En referencia a los gastos que precisa para su atención:

- a) **Cuidadora:** 18000 euros/anuales
- b) **Seguridad Social de la cuidadora:** 3307.38 euros/anuales
- c) **Fisioterapeuta:** 8693.63 euros anuales
- d) **Logopeda:** 1000 euros
- e) **Reparación Caldera/Calefacción:** 4600 euros
- f) **Reparación Vehículo:** 4000 euros
- g) **Compra vivienda (Entrada), para futura residencia:** 3000 euros
- h) **Gastos varios:** 8000 euros

3º En concepto de ayuda pública, recibe de la Generalitat Valenciana y en concepto de dependencia la cantidad de 20 euros/mes.

4º Las diferencias en las posiciones bancarias de **D.**, entre el 3 de septiembre de 2015 y 30 de junio de 2016 se elevan a la cantidad de 16254.59 euros, totalmente justificados por los gastos mencionados en los puntos anteriores.

Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 262 del Código Civil vienen a formular **INVENTARIO DE LOS BIENES, DERECHOS Y DEUDAS** del tutelado.

ACTIVO

I.- METÁLICO:

a.- Sueldos y Pensiones:

Tipo: pensión de invalidez

Importe: XXXXXX

Nº de Pagas /año: 14

b.- Posiciones bancarias (cuentas corrientes, depósitos etc.):

Entidad Financiera: Santander

Tipo de Producto: Depósito Ahorro

Saldo: XXXXXXXXXXXX €.

Entidad Financiera: Santander

Tipo de Producto: Depósito Ahorro

Saldo: XXXXXXXXXXXX €.

Entidad Financiera: Santander

Tipo de Producto: cuenta corriente

Saldo: XXXXXXXXXXXX €.

II.- EFECTOS PÚBLICOS:

Entidad Financiera:

Tipo de Producto:

Identificación:

Valoración:

III.- INMUEBLES:

Titularidad:

Tipo:

Localización:

Nº Registro:

Inscripción:

Utilización:

IV.- ARRENDAMIENTOS:

Titularidad:
Tipo:
Localización:
Fecha de arrendamiento:
Importe de la renta:

V.- OTROS BIENES DE EXTRAORDINARIO VALOR:

- Vehículo marca Mercedes Benz, modelo Viano, matrícula XXXXXXXX.

VI.- DERECHOS O ACCIONES.

PASIVO

I.- PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS:

Entidad Financiera:
Localización del inmueble:
Capital inicial solicitado:
Capital pendiente de amortizar.
Importe de la amortización
mensual

II.- PRÉSTAMOS PERSONALES:

Entidad:
Capital inicial solicitado:
Capital pendiente de amortizar.
Importe de la amortización mensual:

Se adjuntan al presente los siguientes documentos:

- X Volante de empadronamiento
- X Certificado bancario del saldo de la cuenta o cartilla actualizado a fecha de **3/08/2019**
- X Certificado Ingresos Pensión Gran Invalidez
- X Facturas cuidados médicos
- X Facturas gastos personales

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO, que presentado este escrito con sus copias y los documentos que se acompañan tenga por cumplida la formalización de inventario de mi tutelado.

Es Justicia que pido en Elche a 10 de septiembre de 2019.

Fdo.:
.....



BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ GARCÍA, H.: “La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, en *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BARRANCO, M.C./ CUENCA, P./ RAMIRO, M.A.: “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá V*, 2012, págs. 53 a 80.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil: Derecho Privado y Derecho de la Persona*, Bercal, Madrid, 2011.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, J.L.: *El artículo 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección la Llave, Madrid, 2018.
- CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 2012, págs. 61 a 94.
- “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *CEFD*, 2018, núm. 38, págs. 82 a 101.
- DE ASÍS ROIG, R.: “La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 119 a 141.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: “La Autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras Leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 85 a 119.
- GARCÍA GARNICA M.C. / ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R.: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C.: *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.
- LASARTE, C.: *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2014.
- LIDÓN HERAS, L.: “Mecanismos de seguimiento nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: El caso de España”, en *La CDPD 2006-2016 Una década de vigencia*. Ediciones Cinca, Madrid, 2016, págs. 267 a 293.
- “El enfoque de derechos humanos como marco del Derecho de la Discapacidad”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, dir. por A.L. Martínez-Pujalte, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 65 a 85.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “La nueva formulación del límite de accesibilidad para personas con discapacidad en la Ley de Propiedad Intelectual, *Revista de Propiedad intelectual*, núm. 63, págs. 13 a 64.
- LORENZO GARCÍA, R. / PALACIOS, A.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-2006/2016, una década de vigencia*, Colecciones CERMI, CINCA, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. / LIDÓN HERAS, L.: *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, Colección Convención ONU, CINCA, Madrid, 2015.
- La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos, en *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, De los Derechos a los Hechos*. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015.
- MORCILLO MORENO, J.: *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar: De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.N.: “Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos”, en *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 39 a 58.
- PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *RDC*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 5 a 28.
- PÉREZ BUENO, L.C.: “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en *Estudios homenaje a Paulino Azua*, Colección CERMI, CINCA, Madrid, 2010, págs. 147 a 163.
- “La incidencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 93 a 104.