



FACULTAD DE DERECHO

**LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN MATERIA
DE APOYOS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**

Autor: Magdalena Bennasser Verger
5º E-3 A
Derecho Civil

Tutor: M^a Reyes Corripio Gil-Delgado

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen: el presente trabajo de fin de grado tiene como objetivo analizar la evolución legislativa civil relativa al sistema de apoyos de las personas con discapacidad, y más concretamente, las reformas referentes a la capacidad modificada judicialmente.

Se llevará a cabo una distinción entre los conceptos de persona con discapacidad y persona con la capacidad modificada y se hará una revisión de la legislación civil nacional tanto en materia de discapacidad en general como de la capacidad modificada. Asimismo, se estudiará uno de los mayores referentes legislativos en esta cuestión, la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, así como su impacto en la normativa española.

Finalmente, se realizará un análisis jurisprudencial sobre el tratamiento de la capacidad modificada en España y se llevará a cabo una comparativa de las distintas propuestas de reforma de la legislación civil en esta materia.

Palabras clave: persona con discapacidad, capacidad modificada, incapacitación, apoyo, reforma, capacidad jurídica, voluntad.

Abstract: the objective of this final thesis is to analyze the civil legislative evolution regarding the support system for people with disabilities, and more specifically, the reforms related to judicially modified capacity.

A distinction will be made between the concepts of person with disability and person with modified capacity and a review will be made of national civil legislation on both disability in general and modified capacity. Likewise, one of the major legislative references on this issue, the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, will be studied, as well as its impact on Spanish legislation.

Finally, a jurisprudential analysis will be carried out on the treatment of modified capacity in Spain and a comparison will be made of the different proposals for reform of civil legislation in this area.

Key words: disabled person, modified capacity, incapacitation, support, reform, legal capacity, will.

ÍNDICE

<i>ABREVIATURAS</i>	4
1. <i>INTRODUCCIÓN</i>	5
1.1 Relevancia del tema y objeto general del trabajo	5
1.2 Antecedentes.....	6
1.3 Metodología.....	8
2. <i>MARCO JURÍDICO SOBRE DISCAPACIDAD</i>	8
2.1. Personas con discapacidad y personas con capacidad modificada.....	8
2.2. Legislación relativa a la discapacidad	10
2.3. Normativa española aplicable a la capacidad modificada.....	13
2.4. Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad..	14
2.4.1. <i>Concepto de apoyo</i>	17
2.4.2. Incidencia de la CIDPD en la legislación española.....	19
3. <i>ESPERADA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD MODIFICADA</i> <i>JUDICIALMENTE</i>	24
3.1. De los conceptos de personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar a la capacidad modificada.....	26
3.2. Nuevo enfoque sobre la capacidad modificada: análisis jurisprudencial.....	28
3.3. Comparativa de los proyectos de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad	31
3.3.1. Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular.....	32
3.3.2. Propuesta de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al art. 12 de la CIDPD del Real Patronato.....	34
3.3.3. Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad de 2018.....	36
4. <i>CONCLUSIONES</i>	41
5. <i>BIBLIOGRAFÍA</i>	44
6. <i>ANEXOS</i>	48

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cit.	Cita que refiere a una anterior
CDPD	Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
DOCE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Edición
LAPAD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LPPPD	Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad
Núm.	Número
pp.	Página/s
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Vol.	Volumen

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Relevancia del tema y objeto general del trabajo

En España, según la encuesta EDAD, el número de españoles que padecen alguna discapacidad asciende a 4.116.900, lo que supone un 8,9% de la población. De entre estos, 183.444 estarían afectadas por alguna discapacidad intelectual y 718.615 por una discapacidad por enfermedad mental.¹ Como se puede apreciar con lo anterior, se trata de un tema de una relevancia importante, y, pese a afectar a un colectivo con unas características particulares, exige un cambio de mentalidad del conjunto de la población, pues la defensa de la igualdad es una cuestión que nos corresponde a todos.

El reciente Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil en materia de discapacidad, presentado el 21 de septiembre de 2018, así como mi preferencia por los temas de dimensión social y con repercusión práctica en la sociedad, han sido los motivos que han dado pie a la elección de este trabajo. La necesidad de protección de las personas con discapacidad no ha recibido la respuesta jurídica que debiera, a diferencia de otros colectivos considerados vulnerables como son los menores, por ello, estimo necesario llevar a cabo este trabajo.

El objetivo de este trabajo de fin de grado es analizar la evolución del sistema de apoyos a las personas con discapacidad hasta lograr su participación plena en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás y, especialmente, estudiar la reforma de la capacidad modificada en relación con esta materia. Este estudio se llevará a cabo a través de una revisión de la legislación civil, donde cobrará especial importancia un hito legislativo internacional: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD o Convención). Este tratado internacional propone la igualdad jurídica de todas las personas, padezcan una discapacidad o no, y hace un llamamiento a los diferentes Estados Partes de la misma, entre los que se encuentra el Estado español, con la

¹ Ministerio de Justicia, Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2018, pp. 45. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429031075?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMAIN.PDF> ; última consulta 22/03/2019)

finalidad de que reformen sus ordenamientos jurídicos y adecuen su normativa a este texto, considerado el impulsor de un “cambio paradigmático” en el tratamiento de la discapacidad². Por todo ello, será analizado en profundidad, especialmente su art. 12, relativo a los sistemas de apoyos alternativos a la limitación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

1.2 Antecedentes

En los últimos treinta años el tratamiento de la discapacidad ha evolucionado notablemente, alcanzando un peso importante en nuestra sociedad. Se ha logrado pasar de un modelo médico, cuyo punto de partida era la enfermedad o deficiencia de la persona con discapacidad, a un modelo de apoyos, centrado en la incidencia de dicha enfermedad sobre la capacidad jurídica de la persona. Ya no se trata de un mero problema de desarrollo social, sino de una cuestión de derechos humanos³. Ejemplo de esta evolución son los cambios terminológicos que ha sufrido este colectivo. Denominaciones como subnormal, disminuido, deficiente o minusválido han quedado obsoletas para dar paso a un término más adecuado: persona con discapacidad. Del mismo modo, el concepto de incapacitación es desplazado por el de modificación de la capacidad de obrar. Dichos cambios aspiran a eliminar todo contenido negativo de la terminología relativa a la discapacidad, sustituyendo los antiguos vocablos por otros más respetuosos.⁴

Con la Constitución española de 1978 comienza el proceso de integración de las personas con discapacidad en España. Se trata de un punto de inflexión en el que las políticas sociales dirigidas a mejorar las condiciones de este colectivo experimentan un considerable progreso. En su art. 14, se defiende el principio de igualdad, estableciendo que, independientemente de su raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social, todos somos iguales ante la ley, por lo que no cabe discriminación alguna por razón de discapacidad. De acuerdo con esto, según lo dispuesto en el art. 9.2 de la CE, son los poderes públicos quienes deben promover las condiciones para alcanzar esa efectiva igualdad, eliminando cualquier

² FERNÁNDEZ, D.M., La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, vol. 65, nº 2133, pp. 3.

³ PALACIOS RIZZO, A; BARIFFI, F. J., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca, 2014.

⁴ GARCIA GARNICA, M. C., *De la Incapacitación. Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanc, 2013, pp. 2044.

barrera que la dificulte. En consonancia con este último precepto, el art. 49 de la CE, dedicado a las personas con discapacidad, exige a los poderes públicos que les presten “la atención especializada que requieran” y les proporcionen el amparo particular para el disfrute de los derechos en las mismas condiciones que los demás ciudadanos españoles.

En aplicación de los citados preceptos, se dictan una gran variedad de leyes destinadas a conseguir la plena integración de las personas con discapacidad, como la Ley 13/1982⁵, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI), considerada la primera ley integral española, o la Ley 51/2003⁶, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). Más laboriosa resulta la regulación relativa a la modificación de la capacidad. En este sentido, tal y como se dispone en las recientes proposiciones de reforma del Código Civil en esta materia, pierde presencia la institución de guarda de la tutela a favor de la curatela, en aras de proporcionar una mayor autonomía a la persona con capacidad modificada judicialmente.

Así, las personas con discapacidad, y más concretamente las personas con su capacidad modificada judicialmente, se configuran como un colectivo con unas características especiales, precisando de un marco normativo que fije unas medidas suplementarias para su efectiva inclusión en la sociedad. En este punto es donde cobra especial importancia el concepto de apoyo, que se desarrollará a lo largo del trabajo a través del estudio de distintas leyes y proyectos de ley, así como el análisis de jurisprudencia y doctrina. Esta figura ha evolucionado a la par que ha ido cambiando el enfoque, tanto jurídico como social, de la discapacidad, siempre tratando de respetar la voluntad y preferencias de la persona, y, por ende, su dignidad.

⁵ Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE. núm. 103 de 30 de abril de 1982.

⁶ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE. núm. 289 de 3 de diciembre de 2003.

1.3 Metodología

Con respecto a la metodología, se ha procedido en primer lugar a hacer una revisión de la legislación española sobre la discapacidad en términos generales. A continuación, se ha realizado un estudio exhaustivo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debido al impacto que ha supuesto este texto para la normativa española. Seguidamente, se ha analizado la jurisprudencia y doctrina relacionada con la modificación de la capacidad para terminar haciendo una comparativa de las distintas propuestas de reforma de la legislación civil española en materia de discapacidad.

2. MARCO JURÍDICO SOBRE DISCAPACIDAD

2.1. Personas con discapacidad y personas con capacidad modificada

Como ya se ha avanzado en el apartado anterior, el presente trabajo pretende abordar las múltiples reformas legislativas en materia de discapacidad y, de manera más concreta, el sistema de apoyos requerido por este colectivo. Para ello, es necesario llevar a cabo una comparativa entre los términos *persona con discapacidad* y *persona con capacidad modificada*.

Según Ruiz de Huidobro⁷, el término discapacidad puede dividirse en tres grupos atendiendo al grado de discapacidad que se padezca: discapacidad en sentido amplio, discapacidad en sentido estricto y capacidad modificada judicialmente.

La discapacidad en sentido amplio engloba a toda persona que sufra algún tipo de deficiencia a largo plazo, por mínima que sea. En este sentido, según el artículo 1 de la Convención⁸, “*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*”. Partiendo de esta definición, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con

⁷ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. pp. 156-159

⁸ GORDILLO, V., Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. En Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social, 2014, p. 420.

discapacidad y de su inclusión social (Ley General de la discapacidad)⁹, manifiesta que la 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*”.

En segundo lugar, la discapacidad en sentido estricto va de la mano de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (LPPPD)¹⁰, que introduce un criterio concreto para calificar de discapacitada a una persona. Será necesario que la minusvalía psíquica sea igual o superior al 33% o, en caso de minusvalías físicas, que sean superiores al 65%.

Finalmente, la capacidad modificada judicialmente, que será explicada con mayor profundidad posteriormente, consiste en la limitación de la capacidad de obrar por medio de sentencia judicial. En este tercer grupo, y de acuerdo con el art. 200 del CC, la persona sufre una enfermedad o deficiencia a largo plazo que supone una carencia o reducción de la aptitud para autogobernarse. Es decir, es posible que sin la protección conveniente se cometa un acto perjudicial para su persona.

La diferencia primordial entre una y otra radica en que las personas con su capacidad modificada judicialmente padecen una enfermedad o deficiencia que les impide autogobernarse y por esta razón son dotados de protección por medio de unas medidas de apoyo que complementan su capacidad, en cambio, las personas con discapacidad sí cuentan con su aptitud para autogobernarse en cualquier ámbito de su vida¹¹. Asimismo, mientras la discapacidad viene determinada por un certificado administrativo, expedido por el órgano autonómico competente, la modificación de la capacidad tan sólo puede realizarse mediante una sentencia judicial, siempre y cuando se acredite la existencia de una causa de incapacitación de acuerdo con el art. 200 CC.

⁹ 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. BOE. Núm 289 de 3 de diciembre de 2013.

¹⁰ Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (BOE., núm. 277 de 16 de diciembre de 2006).

¹¹ BOTELLO HERMOSA, P., El procedimiento de modificación de la capacidad en España diez años después de la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Pensar*, vol. 23, núm. 2, 2018, p. 2

2.2.Legislación relativa a la discapacidad

La legislación española en materia de protección de los derechos de las personas discapacitadas ha sufrido una notable evolución en los últimos 32 años. Así, desde 1982 se han dictado cerca de 200 leyes y Reales Decretos sobre este campo. A continuación, se hará una breve revisión de las leyes nacionales más relevantes a este respecto, siempre teniendo en cuenta que, como ya se ha anunciado en el apartado introductorio, el punto de partida del proceso de integración a la sociedad de las personas con discapacidad comienza con nuestra norma fundamental, y especialmente en los arts. 14 y 49 de la CE.

La primera ley española reguladora de la atención y apoyos a discapacitados y a sus familiares fue la LISMI¹². Dicha ley supuso un cambio relevante de mentalidad en relación con las personas discapacitadas, especialmente en el ámbito laboral. Pretendía garantizar la igualdad de derechos basándose en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados. Es la primera ley española encargada de regular los apoyos de las personas con discapacidad y sus familiares y consiste en una serie de medidas que deben ser garantizadas por el Estado, cumpliendo así el mandato del art. 49 de la CE, y tratan de garantizar la prestación de un subsidio de ingresos mínimos, asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, rehabilitación adecuada, educación y orientación, integración laboral (centros especiales de empleo o reserva de puestos de trabajo) o derechos jurídicos y sociales mínimos (reserva de viviendas adaptadas, ayudas especiales en relación con el acceso a transportes públicos colectivos o reserva de aparcamientos para personas con discapacidad).

Tan solo dos años más tarde, se trató de completar la LISMI a través de la Ley 51/2003¹³, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, comúnmente conocida como LIONDAU. Sus principales aportaciones fueron la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Para ello distingue tres tipos de medidas: las medidas contra la discriminación, las medidas de acción positiva y las medidas de fomento y defensa. Asimismo, preveía un régimen de infracciones y

¹² Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, Cit.

¹³ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Cit.

sanciones que finalmente fue impuesto por la Ley 49/2007¹⁴, 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.

Hasta la aprobación de la Ley 13/1983¹⁵, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, tan sólo existía un régimen de guarda de personas con discapacidad, la tutela. Con esta ley se crea la figura de la curatela, menos rígida que la tutela, pues permite adaptarse de forma más adecuada a las necesidades de las personas con discapacidad según el nivel de su deficiencia. Con la curatela, a diferencia de lo que ocurre con la tutela, la intervención del guardador no es precisa en todo acto realizado por la persona necesitada de protección, sino que el juez matiza en la resolución los supuestos que requieren asistencia del curador¹⁶.

La Ley 41/2003¹⁷, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, introduce una serie de ventajas a favor de las personas con discapacidad. Se crea el patrimonio especialmente protegido, una nueva figura que constituye un patrimonio de destino, sin personalidad jurídica, cuyas aportaciones podrán llevarse a cabo por cualquier persona con interés legítimo. Otra de las aportaciones de esta ley es la autotutela¹⁸, que consiste en que el propio discapacitado, en previsión de una futura incapacitación, podrá adoptar las decisiones que precise convenientes, incluyendo la posibilidad de nombrar de manera preferente a un tutor para sí mismo, modificando así el art. 234 del CC. En cuanto al régimen sucesorio, en ausencia de testamento, se considerará incapaz de suceder por causa de indignidad, al que, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, no le hubiere prestado las atenciones que debía. Además, con

¹⁴ 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, BOE., núm. 310 de 27 de diciembre de 2007.

¹⁵ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, Cit.

¹⁶ POLONIO DE DIOS, G., La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2016, pp. 525.

¹⁷ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Cit.

¹⁸ TESÓN, I.V., Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 2010, nº7, p. 571.

esta norma se refuerzan los beneficios fiscales a favor de las personas con discapacidad.

En cuanto a la Ley 39/2006¹⁹, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, más popularmente conocida como Ley de la dependencia o LAPAD, es considerada una ley de especial trascendencia debido a que se trata de la primera ley reguladora de la dependencia de manera directa. Su propósito consiste en establecer unas condiciones básicas para promover la autonomía personal de la persona de situación de dependencia y, con el objeto de conseguirlo, crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)²⁰.

Otra gran aportación en relación con las medidas comunicacionales fue protagonizada por la Ley 27/2007²¹, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, reconociendo el derecho a aprender el lenguaje de signos español, así como cualquier otro medio de apoyo a la comunicación oral.

Asimismo, en materia de empleo, la Ley 7/2007²², de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público dedica su art. 59 a la discapacidad, estableciendo que las ofertas de empleo público deberán incluir una reserva de al menos un siete por ciento de las vacantes para personas que padezcan una discapacidad. De esta reserva, al menos un dos por ciento deberá dirigirse a personas que acrediten una discapacidad intelectual.

¹⁹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE., núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

²⁰ La propia Ley 39/2006 define este concepto como “una red de utilización pública en donde confluyen coordinadamente centros y servicios, públicos y privados, todos ellos en dirección a la satisfacción de las necesidades de las personas en situación de dependencia”, por lo que no va únicamente dirigida hacia las personas que se encuentran en situación de dependencia, sino que también trata de asistir a quienes ven su vida condicionada por la atención que otro precisa. CAMPO, R.R. et al., Sistema para la autonomía y atención a la dependencia. *Revista electrónica de terapia ocupacional Galicia, TOG*, 2008, no 8, pp. 14.

²¹ Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007.

²² Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE., núm. 89, de 13 de abril de 2007.

Finalmente, cabe prestar especial atención al Real Decreto-Legislativo 1/2013²³, 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, ya que su razón de ser fue la regularización, aclaración y armonización de las tres leyes más relevantes en materia de discapacidad, siendo estas la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007 de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En el plano internacional, las reformas más relevantes en materia de discapacidad son protagonizadas por dos normas. Por un lado, la Directiva 2000/78/CE²⁴ del Consejo de 27 de noviembre del año 2000, por medio de la cual se crea un marco general en términos de igualdad de empleo y ocupación. Por su parte, Naciones Unidas promovió la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Pese a los puntuales hitos en materia de discapacidad, es esta la norma que impulsa definitivamente la nueva concepción modernizadora. Así, es tal su impacto que ha obligado a modificar y a adaptar toda la legislación española referida a la discapacidad.

2.3. Normativa española aplicable a la capacidad modificada

En su primera redacción, el Código Civil disponía en su art. 200 que quedaban sujetos bajo tutela tanto los menores no emancipados como aquellas personas que padecían alguna circunstancia grave que precisase de la limitación de la capacidad de obrar, refiriéndose a la “locura o la demencia, sordomudez con falta de saber leer y escribir, la prodigalidad y la interdicción civil”²⁵.

Con la Ley 13/1983²⁶, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se modificaron los preceptos del Código Civil relativos a la incapacitación y a la tutela. Así, la capacidad modificada quedó regulada en el Título IX bajo la antigua denominación “De la incapacitación”. Con dicha reforma las causas de

²³ 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, Cit.

²⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE., núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

²⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J., La incapacitación en España, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº17, 2014, pp. 253-254.

²⁶ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, BOE., núm 256 de 26 de octubre

incapacitación se relacionan con “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” y se crea una nueva figura de guarda además de la tutela y del defensor judicial: la curatela. En este sentido, a tenor del art. 267 CC, en caso de sometimiento a tutela, las decisiones serán tomadas por el tutor, “salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”. En cambio, si la persona cuya capacidad ha sido modificada queda sujeta al régimen de curatela de acuerdo con el art. 287 CC, a diferencia de cómo ocurre con la tutela, el guardador no tendrá funciones representativas, sino que, según lo dispuesto en el art. 289 CC, su cometido será puramente asistencial para los actos determinados por la sentencia que estableció la incapacitación. Sin embargo, la principal figura de guarda en materia de incapacitación continúa siendo la tutela. Asimismo, con esta ley se permite la incapacitación de menores de edad siempre y cuando existan indicios razonables de que la causa de incapacitación subsistirá una vez alcanzada la mayoría de edad²⁷.

Posteriormente tuvo lugar una nueva modificación con la Ley 1/2000²⁸, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que derogó los arts. 202 a 214 CC cuyo contenido se encuentra actualmente regulado en la LEC (arts. 756 a 763).

Por otra parte, el Código Civil hace referencia a la capacidad modificada en otros preceptos relativos a actos jurídicos particulares, como el art. 56 en relación con la capacidad para contraer matrimonio; el art. 1263.2 sobre la capacidad para contratar o los arts. 663 a 665 titulado “De la capacidad para disponer por testamento”.

De este modo, la capacidad modificada queda regulada fundamentalmente en dos normas: el Código Civil (arts. 199 a 201) y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.4. Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁹ y su Protocolo Facultativo, hechos en Nueva York el 23 de

²⁷ De acuerdo con el art. 171 del CC, en dicha situación, una vez alcanzada la mayoría de edad, se aplicaría la patria potestad prorrogada siempre que fuese posible. De lo contrario, quedaría sujeto a la tutela.

²⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE., núm. 7, de 8 de enero de 2000.

diciembre de 2006, fueron ratificados por España el 21 de abril del 2008, y su entrada en vigor data el 3 de mayo de ese mismo año, fecha a partir de la cual entraron a formar parte del Ordenamiento interno y, por tanto, empezaron a ser de obligatorio cumplimiento, de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución Española³⁰ (en adelante CE).

Partiendo de la base de que el texto entiende la discapacidad como un concepto que se encuentra en constante evolución y que es fruto de la interacción entre personas que sufren algún tipo de deficiencia y los obstáculos impuestos por su entorno, que no permiten su participación en la sociedad en igualdad de condiciones con el resto de las personas, su propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Es decir, lo que pretende es alcanzar la igualdad plena y efectiva para todas las personas, independientemente de sus capacidades físicas o psíquicas. A fin de conseguir dicho objetivo, recoge una serie de derechos y obligaciones que deberán ser garantizados por los Estados Partes³¹.

Con este fin, se pasa de un “modelo de sustitución” a un “modelo de apoyos”, basado en los principios de mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, el impulso de su autonomía y la implantación de un sistema de apoyos, tanto puntuales como permanentes, para superar los obstáculos que pueda encontrarse en el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, la persona con discapacidad deja de considerarse un mero objeto de tratamiento y de protección social para ser tratado como un auténtico sujeto titular de derechos.

Este texto va dirigido a toda persona con discapacidad, es decir, toda persona que padezca alguna deficiencia ya sea física o psíquica, siempre y cuando goce de estabilidad en el tiempo. Es decir, las personas discapacitadas en sentido amplio también son objeto de protección de la convención.

²⁹ Organización Internacional de las Naciones Unidas. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (Disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> ; última consulta 30/03/19)

³⁰ Ministerio de Justicia, Dictamen 5/2018 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad., 2018, pp. 2. Disponible en (<http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf> ; última consulta 28/03/2019)

³¹ Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, no 3, p. 247.

Introduce novedades importantes en el tratamiento de la discapacidad y, concretamente, supone una revolución en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En este sentido, el mayor desafío de la convención es el artículo 12, cuyo impacto implica la revisión de las rígidas instituciones de guarda vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, como la tutela, la patria potestad prorrogada, la guarda de hecho o la curatela, las cuales deberán ser progresivamente sustituidas³². Bajo el título “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, establece una serie de previsiones con el fin de garantizar la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, suprimiendo el antiguo modelo de sustitución para dar paso al modelo de apoyos. Así, en la primera parte de la norma, es decir, en sus apartados primero y segundo, manifiesta que los Estados Partes deberán reconocer que estas personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para alcanzar dicha igualdad, el tercer apartado establece un sistema de apoyos en la toma de decisiones, pues se considera necesario que se adopten una serie de medidas con la finalidad de que las personas con discapacidad dispongan del apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica³³. Este apoyo en la toma de decisiones equivale a la no transferencia de derechos. Se pretende con esto suprimir el régimen de tutela, basado en la incapacidad parcial o total de las personas con discapacidad y se propone en su lugar el sistema de apoyos en la toma de decisiones. Asimismo, contiene en su inciso cuarto un marco de salvaguardias para evitar posibles abusos. Finalmente, se garantiza el acceso de las personas con discapacidad a unos derechos patrimoniales básicos, en las mismas condiciones que las demás.

Así, son muchas las aportaciones del art. 12 de la Convención: propone un igual reconocimiento de los derechos fundamentales para todas las personas y hace un llamamiento a los poderes públicos con el fin de que garanticen la igualdad en la protección de estos derechos, estableciendo una serie de medidas de protección y salvaguardias para garantizar la asistencia necesaria en la toma de decisiones y

³² Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, Propuesta de Posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), DOC-AGA-08-05-02. Disponible en http://www.autismo.org.es/sites/default/files/blog/adjuntos/resolucion_edf_estrategia_europea_discapacidad_2020-2030.pdf; última consulta 26 de marzo de 2019).

³³ CUENCA GÓMEZ, P., La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El Art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español, Derechos y libertades, 2011, n°24, p. 224.

evitar situaciones abusivas. Asimismo, aproxima los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues entiende que la capacidad para ser titular de derechos conlleva la capacidad para ejercerlos. Así, ante la equiparación de estos dos conceptos, como ocurre con las personas que no padecen discapacidad alguna, se proporcionan las medidas de apoyo necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de esa capacidad jurídica, es decir, de la capacidad de obrar.³⁴

En un principio, tan solo será exigible que se reconozcan los mismos derechos, independientemente de que se padezca una discapacidad o no, pero, si debido a las condiciones particulares de la persona con discapacidad se hiciera necesario, se unirán a los primeros unos derechos específicos para así proporcionar la protección necesaria³⁵.

En conclusión, el referido artículo exige una adaptación normativa por parte de los Estados Partes, cuyo punto de partida debe ser que toda persona goza de capacidad jurídica, por lo que se desplaza el enfoque anterior cuyo objeto principal eran las enfermedades o deficiencias para centrarse en las medidas de apoyo.

2.4.1. Concepto de apoyo

Este precepto nos obliga a profundizar en el concepto de *apoyo*, puesto que, pese a las reiteradas referencias que se hacen a este término en la convención, esta no precisa de qué tipo de apoyos se trata. En aras de alcanzar la igualdad total ante la ley, se pasa de un “modelo de sustitución” a un “modelo de apoyos”³⁶ en la toma de decisiones, aun no adoptado por el estado español, y se entiende el concepto de capacidad jurídica según el modelo social³⁷, es decir, aquel que sostiene que el origen de la discapacidad no son las limitaciones ocasionadas por ciertas

³⁴ PONS, A.G., El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de derecho civil*, 2013, vol. 66, no 1, p. 114.

³⁵ RÍOS, M.I.H., El concepto de discapacidad: De la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 2015, vol. 6, no 2, p. 49.

³⁶ 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, p. 78. ISSN 1695-078X

³⁷ PALACIOS, A., El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cermi, 2008, pp. 66 y ss.

deficiencias, sino por las trabas que se encuentran las personas con discapacidad ante una sociedad en la que se sienten excluidas y marginadas. De este modo, no es tanto el discapacitado el que tiene que adaptarse a la sociedad con el fin de participar libremente en ella, sino que es esta la que debe establecer las medidas necesarias para incluir a las personas con discapacidad. Se produce un cambio de paradigma en el que este colectivo pasa a ser un auténtico sujeto de derechos, capaz de tomar sus propias decisiones, con el apoyo adecuado, siempre y cuando este apoyo no suponga la sustitución de su voluntad. En este sentido, se propone la progresiva supresión de las rígidas instituciones de guarda para establecer un verdadero modelo de apoyos a aquellas personas cuyas aptitudes intelectivas y volitivas les impiden autogobernarse. Los propuestos apoyos consisten en la determinación de un sistema de ayuda o de colaboración, que se debe garantizar a toda persona para que se expresen, se identifiquen y para que surtan efecto, cada una de las decisiones que sean adoptadas desde su igual capacidad jurídica, y destinadas a generar consecuencias personales y jurídicas plenas, como expresión de esa capacidad³⁸.

Ahora bien, resulta conveniente diferenciar los tipos de apoyo que podemos encontrarnos³⁹, que variarán según el tipo y grado de discapacidad. Serán distintos según si se trata de un acto jurídico trascendental para la vida o el patrimonio de la persona, como puede ser el matrimonio, una donación o la venta de una vivienda; o si se trata de actos jurídicos ordinarios, como organizar un viaje, contratar una empresa de telefonía móvil o apuntarse a un gimnasio. Una vez conocida esta distinción, será preciso que, según el tipo de acto jurídico, se ponga a disposición del discapacitado una figura de apoyo u otra, según el caso concreto, tarea que corresponderá al juez, quien, mediante sentencia judicial, establecerá las necesidades de apoyo del discapacitado y el nombre de quien deberá llevar a cabo dicho apoyo.

Así, la persona con discapacidad podrá, o bien elegir a personas de su confianza (familiares, amigos o profesionales) para que estas le ayuden a ejercer su capacidad jurídica, debiendo aceptar en todo caso dicho cometido, o bien decantarse por otras

³⁸ CROVETTO, B.S., ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2015, vol. 91, no 747, p. 395.

³⁹ PALACIOS, A., Capacidad jurídica en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, pp. 9 y 10.

medidas de apoyo como pueden ser la ayuda mutua, la promoción o la asistencia para comunicarse.⁴⁰

Este apoyo, según la Observación General de 2014⁴¹, puede consistir en medidas para facilitar el acceso a determinados servicios, como por ejemplo ofrecer información comprensible, a fin de ayudar a las personas con discapacidad a realizar por sí mismas actos jurídicos, como pueden ser la celebración de un contrato o la apertura de una cuenta bancaria. Igualmente, puede tratarse de ayudas en relación con métodos de comunicación, para que aquellas personas que se relacionan a través de comunicación no verbal puedan expresar sus deseos y voluntades.

En el mismo sentido, el Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil⁴², de septiembre de 2018, entiende por apoyo *“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”*.

Es preciso destacar que estas medidas deberán respetar los derechos y la voluntad de la persona con discapacidad, evitando conflictos de intereses o posibles abusos. Por todo ello, es necesario que se sometan a exámenes periódicos por parte de la autoridad competente.

2.4.2. Incidencia de la CIDPD en la legislación española

Como ya se ha mencionado ad supra, la convención supone un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, cambio que debe aplicarse a un gran número de países con tradiciones jurídicas muy diversas. Además, no es suficiente con el impacto provocado por el propio tratado internacional, es decir, el aumento de visibilidad de las personas con discapacidad, la educación ciudadana en relación con los derechos de este colectivo, o el simple cambio en el modo de

⁴⁰ 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, Cit., p. 67.

⁴¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N° 1, 2014, p. 5.

⁴² Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Cit., p. 250.

abordar la discapacidad⁴³, sino que el contenido de la Convención es tan avanzado que requiere un importante proceso de adaptación, puesto que supone la modificación de las bases sobre las que se venía sustentando el estudio de la discapacidad. Así, la convención de Nueva York obliga a que los Estados Partes lleven a cabo una importante reforma normativa y de adecuación. De acuerdo con el artículo 4.1 de la referida convención, los Estados Partes deberán *“adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Asimismo, es preciso que lleven a cabo *“todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”*. Sin embargo, la Convención en su art. 2, teniendo en cuenta la dificultad de su plena aplicación, permite que la reforma se lleve a cabo mediante un “ajuste razonable”, es decir, no se exigirá repentinamente una modificación que suponga una carga desproporcionada, sino que es posible llevar a cabo dicha adecuación de manera progresiva.

La CIDPD ha supuesto todo un reto para nuestro régimen de incapacitación puesto que propone la unificación de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, desaprueba la institución de guarda de la tutela y en su lugar establece un sistema de apoyos puntuales⁴⁴.

Trece años después, dos son las aportaciones fundamentales de la Convención de Naciones Unidas de 2006 en relación con la adecuación de su art. 12 a nuestro Ordenamiento jurídico. En primer lugar, el procedimiento de incapacitación no ha alterado sus instituciones de guarda tras la Convención, sin embargo, su orden de preferencia sí se ha visto alterado de manera importante. Tras la entrada en vigor de la Convención, la curatela, régimen de poca utilidad práctica hasta entonces, se convierte en la institución principal del procedimiento de incapacitación, desplazando la figura de la tutela.⁴⁵ Así, hasta que se de la plena adecuación de la

⁴³ Informe “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”, dirigido por Rafael de Asís, coordinado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2008, p. 32.

⁴⁴ ESBEC RODRÍGUEZ, E., Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 12, 2012, p.121.

⁴⁵ El procedimiento de modificación de la capacidad en España diez años después de la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Cit.*, p. 5

normativa española a la Convención, se implanta una curatela graduable según el grado de discapacidad de la persona.

Dicho lo anterior, son muchas las reformas efectuadas en los últimos años en materia de discapacidad en nuestro país con el fin de adaptar el ordenamiento español a la Convención y a su Protocolo Facultativo.

La Ley 1/2009⁴⁶, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, establece en su disposición final primera titulada “Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar” la necesidad de que en un plazo de seis meses se presente un Proyecto de Ley destinado a reformar la legislación relativa a los procedimientos de incapacitación judicial, que deberán cambiar su denominación a “procedimientos de modificación de la capacidad de obrar” para adecuarse a lo convenido en la CIDPD de Naciones Unidas. Finalmente, con la Ley 15/2015⁴⁷, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se procede al cambio de terminología, relegando la denominación de “incapaz” o “incapacitación”, que es sustituida por persona con su capacidad modificada judicialmente.

Asimismo, en 2011 se formula un Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente⁴⁸. Este borrador venía planteando el cambio de denominación ya propuesto por la Ley 1/2009⁴⁹, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro

⁴⁶ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, BOE. núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

⁴⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE. núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Capacidad modificada judicialmente”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, 2011, pp. 77-78

⁴⁹ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003,

Civil relativo a los términos “incapacitación” e “incapacitado”. Además, el sistema de incapacitación se limita a los supuestos en los que resulta imposible conocer la voluntad de la persona a causa de su falta de capacidad para autogobernarse. Por su parte, ante situaciones en las que la persona padece una discapacidad temporal pero no tiene su capacidad modificada judicialmente, se crea la figura del defensor provisional. Asimismo, se introducen la “autorización judicial para el ingreso involuntario” y el “tratamiento ambulatorio no voluntario por razón de trastorno psíquico”⁵⁰.

Pero la verdadera adaptación nacional a la CIDPD comenzó con la Ley 26/2011⁵¹, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como consecuencia de la cual se modificaron diecinueve leyes de nuestro ordenamiento, y continuó con el Real Decreto 1276/2011⁵², de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo objeto fue el desarrollo de la citada Ley 26/2011⁵³, mediante la adecuación de la regulación reglamentaria vigente a la Convención de Nueva York. Asimismo, se han llevado a cabo reformas en la ley del Tribunal del jurado y en el Código Penal.

De igual modo, el proceso de adaptación de la convención, como ya exigía la Ley 26/2011 en su disposición final segunda⁵⁴, requería la creación de una ley general

de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, Cit.

⁵⁰ En este sentido, el artículo 7 del Convenio de Oviedo de Protección Derechos Humanos, de 1997, establece que “*Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del forense y Ministerio Fiscal. En la resolución debe establecerse el plan terapéutico, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo, que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento. El plazo máximo de duración de esta medida será de 18 meses*”. Esbec Rodríguez, E., Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol.12, 2012, p.142

⁵¹ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE., núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

⁵² Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE. núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.

⁵³ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Cit.

⁵⁴ Dicha disposición final segunda señala que el Gobierno debía aprobar antes del 31 de diciembre de 2013 “un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la

en materia de discapacidad, que se aprobó a través del Real Decreto legislativo 1/2013⁵⁵, de 29 de noviembre, bajo la rúbrica “Ley general de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.

Por su parte, las Comunidades Autónomas también han contribuido a este proceso⁵⁶, unas veces por medio de normativa sectorial y otras, mediante la aprobación de leyes integrales en materia de discapacidad. A modo de ejemplo, cabe citar la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Castilla y León; la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Castilla La Mancha; o la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de Andalucía.

Pese a los reiterados intentos de cumplir con las estipulaciones de la Convención, y tal y como establecía la Ley 26/2011, en su disposición adicional séptima⁵⁷, seguía siendo preciso adaptar las previsiones del artículo 12 del tratado internacional, dedicado al ejercicio de la capacidad jurídica, por parte de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones. A tal efecto, dicha ley fijaba un plazo de un año desde su entrada en vigor para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley con el fin de llevar a cabo el mandato del referido artículo. En varias ocasiones, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas⁵⁸, órgano encargado de supervisar y aplicar la convención, recomendó en sus observaciones al Informe de septiembre de 2011, expuesto por el Estado español, por una parte, que “regule el alcance y la interpretación del artículo 12”, y además, que “revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁵⁵ 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, Cit.

⁵⁶ Anteproyecto reforma del artículo 49 de la Constitución Española, 2018, p. 1. (Extraído de http://www.mpr.gob.es/precom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf ; última consulta día 28 de marzo de 2019)

⁵⁷ La disposición adicional séptima de la ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

⁵⁸ COMITÉ, DEDDELAS. CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS, Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 35 de la Convención. *Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España*, 2011, p.3.

adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”. Todo ello, con el objetivo de alcanzar la efectiva adaptación y el consiguiente cambio de modelo en la toma de decisiones, a favor de un modelo de apoyo, en el que prime la voluntad de la persona con discapacidad.

Ya son tres los anteproyectos presentados ante las cortes, pero ninguno de ellos ha logrado prosperar, por lo que el proceso de adaptación a la Convención es todavía un reto por alcanzar.

3. ESPERADA REFORMA DE LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

En relación con la modificación de la legislación española en materia de discapacidad, es necesario hacer una distinción entre los dos tipos de reforma que se han venido realizando. Por un lado, existe una reforma rápida, sin fricciones, cuyo objetivo es alcanzar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad, ya sea a través de medios de apoyo adicionales o poniendo a su disposición una serie de ventajas para conseguirlo. Según la LIONDAU⁵⁹, se trata de aquellas medidas que “tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable”. En este caso, la capacidad volitiva e intelectual del discapacitado no se ve mermada, de modo que, las decisiones, son libre y conscientemente tomadas. Por otra parte, nos encontramos con una reforma que plantea numerosos obstáculos y, que, a diferencia de la primera, su finalidad es modificar el tratamiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y su consiguiente sistema de apoyos. En este caso, la persona con discapacidad no es capaz de tomar por sí misma sus propias decisiones, debido a una reducción en sus capacidades intelectivas y/o volitivas, que le impiden gobernar su esfera jurídica. Es esta última la que se viene a analizar en este apartado.

⁵⁹ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Cit.

En esta línea, Campuzano Tomé⁶⁰ hace una diferenciación entre aquellas personas con discapacidad capaces de tomar de forma libre sus propias decisiones, y aquellas que por el contrario no cuenten con dichas facultades. Respecto al primer grupo, considera que cuentan con una plena capacidad de obrar y que son aptos para prestar un consentimiento informado a la hora de ejercitar sus derechos. En cuanto a los segundos, cabe distinguir entre aquellos que han sido declarados incapaces mediante sentencia judicial y los que no. Así, nuestro ordenamiento trata de proteger a los incapacitados por medio del consentimiento por representación, pero no cuenta con un sistema de protección que garantice la integridad personal de los no declarados incapaces. Este segundo grupo plantea más dificultades y precisa de una regulación acertada por parte del legislador.

Con el cambio del modelo médico al modelo de apoyos, se produce un cambio en el punto de partida, que, siendo anteriormente la enfermedad, pasa a ser la incidencia de dicha enfermedad sobre la capacidad de autogobierno de la persona con discapacidad.

La capacidad que quedaba pendiente de reformar según la Convención era la capacidad intelectual, es decir, aquella que afecta a las personas que padecen de alteraciones intelectivas de tal forma que su voluntad a la hora de tomar decisiones no es ni consciente ni libre. Así, el art. 248 del *Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* de septiembre de 2018, se refiere a “las personas mayores de edad o emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”, dirigiéndose no a todo el colectivo de personas que padecen cualquier tipo de discapacidad, sino a aquellas personas con discapacidad con dificultades para ejercer con eficacia su capacidad jurídica⁶¹.

Cuando una persona con discapacidad carece de la capacidad suficiente para celebrar actos jurídicos, la respuesta del Derecho español es la incapacitación, o modificación de la capacidad. Sin embargo, no se trata de una obligación, por lo

⁶⁰ CAMPUZANO TOMÉ, H., “El ejercicio del derecho de autonomía personal de las personas con discapacidad en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica”, en: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p.109.

⁶¹ De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil/From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code, Cit., pp. 19.

que existen personas cuyas capacidades intelectivas y volitivas no le permiten autogobernarse y que no son declaradas incapaces. Esta situación crea una gran inseguridad jurídica en lo relativo a la toma de decisiones.⁶²

Para entender con mayor claridad quienes son los destinatarios de esta reforma y, en consecuencia, poder abordar la incapacidad, será necesario hacer una breve aclaración de los conceptos personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar.

3.1. De los conceptos de personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar a la capacidad modificada

El concepto de incapacidad no puede ser comprendido sin la previa distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar.

El primero de estos conceptos, la personalidad jurídica, hace referencia a “la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley”⁶³, por lo que funciona como una condición necesaria para adquirir derechos y obligaciones.

Por lo que respecta a la capacidad jurídica, esta es entendida como la aptitud de ser titular de obligaciones y derechos subjetivos. Es adquirida por toda persona, por el hecho de serlo, a través del nacimiento, y no es susceptible ni de restricciones ni de graduaciones⁶⁴.

Por su parte, la capacidad de obrar está estrechamente ligada a la capacidad natural de querer y de entender, y se define como la aptitud para realizar de manera eficaz actos jurídicos⁶⁵. En su caso, se alcanza generalmente con la mayoría de edad, momento en que se considera que una persona tiene la madurez suficiente para tomar sus propias decisiones. Sin embargo, es posible adquirirla de manera

⁶²FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Fernández. Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *Cit.*, p. 75.

⁶³ 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, *Cit.*, p. 83.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, M.A. Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad. *Ius et Veritas*, 2016, vol. 24, no 53, p. 265.

⁶⁵ MARITAN, G.G., Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho, *Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, nº 31, pp. 17

anticipada a través de la emancipación, respecto a menores de al menos 16 años, con la debida asistencia de sus padres o curadores. Además, podrá ser limitada al mayor de edad sobre el que recaiga una sentencia de incapacitación si, según el artículo 200 del CC, sufre *“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*.

De este modo, toda persona con discapacidad tiene capacidad jurídica, sin embargo, es posible que sufra de algún impedimento en relación con el ejercicio de esa capacidad jurídica, es decir, con su capacidad de obrar.

Dicho lo anterior, resulta más sencilla la comprensión del término incapacitación o capacidad modificada judicialmente, pues se trata de una reducción de la capacidad de obrar, privándole de cualquier poder que pudiera tener sobre otra persona o bienes ajenos, sometiéndolo en su lugar a un poder protector, modificando incluso su estado civil.⁶⁶

Se trata de una persona que sufre una deficiencia que le impide realizar una serie de actividades o tomar decisiones debido a su falta de discernimiento de la realidad y a la incapacidad para velar por sus propios intereses. De este modo, será necesario que los órganos judiciales nombren un cargo tuitivo o constituyan las medidas de protección necesarias para compensar esa falta de capacidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que la incapacitación es una figura flexible, que debe adaptarse según las circunstancias concretas de cada individuo y que la persona con discapacidad, una vez incapacitada, no deja de ser titular de sus derechos fundamentales, sino que tan solo determina la forma de su ejercicio⁶⁷. Por todo ello, será preciso que en el procedimiento de incapacitación se fije el grado de discapacidad de la persona para así proporcionarle una protección proporcional a sus necesidades. Según la sentencia del tribunal supremo nº 244/2015 ⁶⁸ “se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses

⁶⁶ DEL RÍO, J.M.L., El proceso de incapacitación. *Actualidad civil*, 2001, no 4, p.1492.

⁶⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio (Roj 3168/2014).

⁶⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 244/2015, de 13 de mayo de 2015 (RJ 1945/2015).

personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones”.

3.2. Nuevo enfoque sobre la capacidad modificada: análisis jurisprudencial

La sentencia del Tribunal Supremo 282/2009⁶⁹, de 29 de abril de 2009, manifiesta la necesidad de interpretar la normativa española vigente a la luz de la Convención y al mismo tiempo es considerada un referente en relación con la manera de entender y aplicar la legislación civil en materia de discapacidad⁷⁰.

En primer lugar, hace una diferenciación entre el tipo de personas al que se refiere la Convención de Nueva York según el grado de discapacidad y, en consecuencia, el nivel de protección que esta precisa. Así, puede tratarse de personas dependientes, que tan solo necesiten asistencia en sus actividades cotidianas, pero no precisan de una sustitución de la capacidad o, a diferencia de estas, también puede ocurrir que se trate de personas incapaces, es decir, aquellas que, al tener sus aptitudes intelectivas y volitivas alteradas, no tiene capacidad suficiente para autogobernarse, por lo que es necesario contar con un complemento a su capacidad. Asimismo, de acuerdo con la referida sentencia, el sistema de protección de los incapacitados también es objeto de graduación según la situación en la que se encuentre. En consecuencia, las medidas de protección son muy variadas, pudiendo hablar de incapacitación, curatela o, en el caso de discapacitados no incapacitables, en relación con aspectos patrimoniales, las medidas contenidas en la Ley 41/2003⁷¹. El Tribunal Supremo ya venía promoviendo esta gradación de la incapacitación desde la sentencia de 5 de marzo de 1947 y, pese a recibir numerosas críticas, no sólo comenzó a aplicarse, sino que fue adoptada por las leyes civiles posteriores a la Constitución.⁷²

El tribunal continúa su escrito abordando el problema de conciliación entre la Convención de Nueva York y nuestro Ordenamiento jurídico, en relación con las

⁶⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril de 2009

⁷⁰ MARTÍN, R.B., El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, 2018, no 9327, p. 12.

⁷¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Cit.

⁷² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 5676/2012, de 17 de julio de 2012

medidas de protección de las personas que presentan una falta de capacidad volitiva o intelectual. Los artículos en conflicto son tanto el 10 como el 14 de la Constitución Española. El artículo 10 de la CE, establece que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Por su parte, el artículo 14 de la CE contiene el principio de igualdad, y afirma que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”* De acuerdo con estos preceptos, toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales, sin importar su situación física o psíquica. Ahora bien, a la luz de la convención, es posible privar de algún o algunos derechos a aquellas personas que sufran una discapacidad que no les permita autogobernarse, siempre y cuando dicha privación equivalga a una medida de protección. No se trata de una medida discriminatoria de exclusión, sino de protección, debido a la condición de la persona. Es decir, no podrá desposeerse a cualquier persona de sus derechos, es preciso que la persona en cuestión sufra de una falta de capacidad, que además debe ser permanente. En consecuencia, la incapacitación únicamente estará justificada cuando se trate de una medida de protección, que deberá tener en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona incapacitada. En este sentido, la sentencia concluye que *“en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.”* Dicho lo anterior, se afirma que la incapacitación no equivale a un cambio de titularidad de los derechos fundamentales, pero sí influye en el modo en el que se ejercitan los mismos. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 617/2012⁷³, de 11 de octubre de 2012, que hace una reinterpretación del sistema de protección de las personas con discapacidad a la luz de la CIDPD. Al igual que la STS de 29 de abril de 2009, defiende que la incapacitación tan solo puede tener lugar como medida de protección y que el incapaz sigue siendo titular de todos sus derechos fundamentales. Asimismo, califica la incapacitación como una medida no discriminatoria, pues se trata de una

⁷³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 de octubre de 2012 (Rec. 262/2012).

situación específica que requiere dicha protección.⁷⁴ Ya se trate de una incapacitación total o parcial, deberá interpretarse de manera restrictiva y tendrá que acreditarse la existencia de una deficiencia psíquica que verdaderamente impida a la persona autogobernarse.

El Tribunal Supremo exige que para que se de una auténtica compatibilidad entre la normativa española y la Convención, la primera debe interpretarse de acuerdo con la Sentencia 174/2002⁷⁵, de 9 de octubre, del Tribunal Constitucional, la cual manifiesta: “La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”. De este modo, el sistema de protección debe ser flexible, según las necesidades y la condición de las personas con discapacidad y, además, debe ser revisado periódicamente. Asimismo, la sentencia hace constar que no se trata de un sistema de protección de la familia, sino que únicamente va dirigido a la persona afectada.

Con todo esto, lo que pretende la sentencia de 29 de abril de 2009⁷⁶ es reinterpretar la curatela a la luz de la Convención, estableciendo que “la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las preferencias del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los que se le marquen sea revisable por los tribunales”. De este modo, se da preferencia a la curatela, aprovechando su capacidad de graduación, lo que permite asignar la medida de apoyo más adecuada según las necesidades y preferencias de la persona.

Por el contrario, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 y 24 de junio de 2013, ya no se trata de adaptar la curatela a la Convención, sino que

⁷⁴ Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. Cit., p. 132.

⁷⁵ STC núm. 174/2002, de 9 de octubre de 2002 (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002)

⁷⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Dykinson, 2009, p. 562.

en este caso entienden que la tutela es una institución de apoyo más eficaz que la curatela.

En la sentencia del Tribunal Supremo 337/2014⁷⁷, de 30 de junio de 2014, ya no se discute la aplicación restrictiva de la incapacitación, sino el tipo de medida, entre la tutela y la curatela, que debe adoptarse según el grado de discapacidad a un incapacitado parcial. En el mismo sentido que la STS 282/2009⁷⁸, señala que, al no tener anuladas sus aptitudes volitivas y cognitivas, “siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales”.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo 373/2016⁷⁹, de 3 de junio de 2016, establece que, en aplicación de la Convención de Nueva York, una vez es conocida la necesidad de apoyos para la persona con discapacidad la cual precisa un complemento a su capacidad, es preciso hacer una valoración de las circunstancias particulares de cada individuo. La discapacidad puede adoptar formas muy diversas, lo que exige un sistema de protección que se adapte a cada situación, y esto es posible gracias a la graduación de la incapacidad. En esta línea, la resolución establece que “Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas”.

3.3.Comparativa de los proyectos de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad

La ratificación de la Convención exigía a los Estados Partes la adaptación de sus ordenamientos jurídicos a la misma, y, por ende, se hacía necesaria la revisión de la normativa relativa a la modificación de la capacidad⁸⁰. En esta línea, la Ley

⁷⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 337/2014, de 30 de junio de 2014 (Rec. 1405/2013).

⁷⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril de 2009, Cit.

⁷⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 373/2016, de 3 de junio de 2016, (Rec. 2367/2015).

⁸⁰ DISCAPACIDAD, REAL PATRONATO SOBRE. Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2012, p. 1.

26/2011⁸¹, establecía, en su disposición adicional séptima, el mandato al Gobierno de, en el plazo de un año, remitir a las Cortes Generales “un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

En el año 2012, con la pretensión de dar cumplimiento a dicha disposición, se presentaron dos propuestas de reforma de la legislación civil en materia de capacidad modificada, la primera elaborada por el Partido Popular y la segunda por el Real Patronato sobre discapacidad. Ninguna de ellas logró progresar. En septiembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁸². Se trata de un nuevo intento para adecuar el art. 12 de la Convención a la normativa española que analizaremos en profundidad a continuación.

3.3.1. Proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular

El Partido Popular presentó en el Congreso el 29 de junio de 2012 la Proposición no de Ley⁸³ relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, que fue aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados el 11 de diciembre de ese mismo año con 307 votos a favor.

⁸¹ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cit.

⁸² Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Cit.

⁸³ BO Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, de 29 de junio de 2012 pp. 6 y ss

En su exposición de motivos, toma como referente la Ley 26/2011⁸⁴, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual estableció en su disposición adicional séptima, que en el plazo de un año desde su entrada en vigor se debía remitir a las Cortes una proposición de ley con el fin de adaptar el art. 12 de la CIDPD “en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida”. Asimismo, hace referencia a la preocupación expresada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas tras revisar el Informe expedido por el Estado español, el cual manifestaba la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de Nueva York por parte de este país.

El objeto de dicha proposición no de ley es instar al Gobierno a que presente en el plazo de tres meses una Proposición de Ley con el fin de adaptar el contenido del art. 12 de la CIDPD a nuestro Ordenamiento jurídico. En este sentido, se pretende introducir cambios en el proceso judicial de delimitación de los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, sin embargo, no se especifican dichos cambios. Por otra parte, a diferencia del Anteproyecto de 2018 que se analizará posteriormente, no se suprime la incapacitación o modificación de la capacidad, sino que, en su lugar, se defiende que las personas con capacidad modificada judicialmente siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que el procedimiento de incapacitación es una medida protectora, no una fórmula discriminatoria. Como se ha comentado anteriormente, en este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia en las STS nº 282/2009⁸⁵ y nº 617/2012⁸⁶. Asimismo, considera que hay que atender a las circunstancias particulares de cada persona y, en consecuencia, aplicar diferentes instrumentos jurídicos de protección. En palabras de Vañó Ferre: “a cada persona hay que buscarle su traje a medida, que quiere decir los apoyos necesarios para que pueda desarrollar sus capacidades residuales, que todo el mundo tiene⁸⁷”. Una vez más, el texto no detalla a qué tipo de instrumentos hace referencia.

⁸⁴ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cit.

⁸⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril de 2009, Cit.

⁸⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 de octubre de 2012, Cit.

⁸⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Cortes Generales, Pleno y diputación permanente, núm. 79, de 12 de diciembre de 2012, pp. 27 y ss

En conclusión, la brevedad del texto que nos ocupa imposibilita la implementación de reformas sustanciales debido a la falta de desarrollo de las mismas. Si bien es cierto que pretende adaptar el art. 12 de la CIDPD a la normativa española por medio de la delimitación de apoyos complementarios a la capacidad y mediante el respeto de la dignidad de las personas con discapacidad, la propuesta resulta incompleta.

3.3.2. Propuesta de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al art. 12 de la CIDPD del Real Patronato

El Real Patronato constituyó el 13 de junio de 2012 la *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁸⁸. Se trata de una propuesta de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acompañada de una Presentación y una Memoria Justificativa, que consiste en cambiar el modelo de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad por un modelo de apoyos, que no cuestione la capacidad jurídica de toda persona, independientemente de su falta de aptitudes físicas o psíquicas.

Al igual que en el recientemente aprobado Anteproyecto de reforma del año 2018, se propone la sustitución del Título IX y del Título X del Libro I del Código Civil. Así, el Título IX, cambia su denominación anterior “De la incapacitación” para titularse “*Del apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*”. Por su parte, el Título X, anteriormente titulado “*De la tutela, la curatela y la guarda de los menores incapacitado*”, pasa a designarse “*De la provisión de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica*”. Pero una vez más, dicho cambio no es meramente terminológico, sino que se plantea la supresión de las instituciones de apoyo de la curatela, la tutela y el defensor judicial, ofreciendo en su lugar un sistema de apoyos alternativo como complemento a la capacidad con el objeto de que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica libremente. Desde mi punto de vista, este planteamiento es preferible al propuesto por el Anteproyecto de 2018, pues se trata de un sistema de

⁸⁸ DISCAPACIDAD, REAL PATRONATO SOBRE. Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cit.

protección más flexible, tratando de adaptar cada medida de apoyo a la necesidad de protección pertinente, evitando la rigidez que suponen las medidas sometidas a un procedimiento judicial. Sin embargo, la supresión de las referidas instituciones de apoyo implicaría la ruptura con el sistema de provisión de apoyos vigente, dando lugar a importantes lagunas legales.

En su Presentación⁸⁹, define el concepto de apoyo como *“los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y surta efectos, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica, y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas, como expresión de esa capacidad”*, y entiende que este sistema de apoyos debe tener el único objetivo de proteger a la persona con discapacidad, por lo que es necesario que exista una correlación entre necesidad de asistencia y la medida de apoyo, es decir, que sea proporcional. En esta línea se pronuncia la sentencia n° 1901/2017 del Tribunal Supremo⁹⁰, manifestando que:

Los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Asimismo, la propuesta de reforma del Real Patronato⁹¹ hace una diferenciación entre las medidas de apoyo según el grado de discapacidad, de modo que, si la persona con discapacidad cuenta con capacidad natural suficiente, esta podrá concretar los apoyos puntuales que requiera por sí misma, sin que sea precisa la intervención judicial. Por el contrario, de no contar con dicha capacidad natural suficiente, serán los órganos judiciales los encargados de fijar los apoyos correspondientes, con el fin de que la persona en cuestión logre ejercer con eficacia

⁸⁹ Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cit., p. 3.

⁹⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1901/2017 de 16 de mayo (Rec 2758/2016)

⁹¹ Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cit.

su capacidad jurídica⁹². Tal y como viene estableciendo el reciente Anteproyecto de 2018, se da preferencia a las medidas autorregulatorias, quedando las medidas judiciales relegadas a un ámbito supletorio. Además, se impone a las autoridades a las que acuda cualquier persona con discapacidad en busca de asistencia la obligación de ayudarla en la comprensión del acto que se disponga a realizar. En ningún caso quedará justificada la negativa a realizar dichos actos por causa de su capacidad.

Ante tal abanico de opciones, existiendo una amplia variedad de apoyos según las circunstancias y según el grado de discapacidad de la persona, se crea la figura del gestor de apoyos, no recogida en el nuevo Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, de acuerdo con los arts. 206 y 207 de la propuesta de reforma del Real Patronato. Se trata de una persona física o jurídica cuya función es la de organizar los diferentes tipos de apoyo, así como a las personas que deben prestarlos. Como regla general, las actuaciones del gestor de apoyos y del prestador de estos serán meramente asistenciales, pero, excepcionalmente, cuando la persona con discapacidad no pueda ejercer su capacidad jurídica por medio de otro apoyo distinto, adquirirán de manera puntual poderes representativos. No obstante, dicha representación no podrá suponer que “la suplantación de la voluntad de la persona, le cause perjuicio, o sea condicionado mediante influencia indebida”.

Por último, la propuesta del Real Patronato establece la posibilidad de solicitar el apoyo por parte de personas que no presenten ningún vínculo familiar con la persona necesitada de protección, iniciativa no recogida en la LEC.

3.3.3. Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad de 2018

El más reciente proyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad es el presentado el pasado 26 de septiembre de 2018. Bajo la rúbrica *Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia*

⁹² DE SALAS MURILLO, S., Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2018, nº 5, p. 86

*de discapacidad*⁹³, se pretende adaptar el art. 12 de la Convención de Nueva York a la normativa española, mediante la modificación del Código Civil (artículo primero del Anteproyecto), la Ley Hipotecaria (artículo segundo), la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo tercero), la Ley del Registro Civil (artículo cuarto) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículo quinto)⁹⁴.

Como puntualiza en su Exposición de Motivos, no se trata de modificaciones meramente terminológicas, sino de un “nuevo y más acertado enfoque de la realidad”, en la medida en que se da primacía a la dignidad y a las preferencias de las personas con discapacidad, quienes son titulares de todos los derechos, incluido el de tomar sus propias decisiones. Así, el texto señala que “es una cuestión de derechos humanos”. De acuerdo con lo anterior, la reforma exige que el cambio normativo vaya acompañado de un cambio de mentalidad, fundamentalmente de los profesionales del Derecho.

La ley esta compuesta por cinco artículos, dedicándose el primero de estos a la reforma del *Código Civil* y, más concretamente, del Título IX “De la incapacitación” y del Título X “De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados”. Se trata de la reforma más extensa, que, con sus sesenta y tres apartados, trata de sentar las bases del sistema de apoyos, reemplazando al hasta ahora vigente modelo de sustitución, para dar lugar a un modelo basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad.

Para ello, propone, en primer lugar, un cambio terminológico del Título X del referido código, proponiendo una nueva denominación: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. Este cambio se debe a que la figura central de esta reforma no es ni la incapacitación ni la modificación de la capacidad jurídica, sino el sistema de apoyos que se ofrece a toda persona con discapacidad que lo requiera, si bien es cierto que, en aquellos casos en los que resulte imposible dar otro tipo de apoyo, cabe la posibilidad de que se materialice en la representación de la voluntad de la persona con discapacidad. En todo caso, la elección de las medidas de apoyo correspondientes se realizará a través de un procedimiento de colaboración

⁹³ Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Cit.

⁹⁴ RUBIO, M.P.G., Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 174.

interprofesional, compuesto por especialistas de diversos campos, ya sean jurídicos, sanitarios o asistenciales.

En relación con las medidas de apoyo, se da primacía a las medidas preventivas, es decir, a toda ayuda solicitada en previsión de una futura necesidad de apoyo, entre las que destacan los poderes, los mandatos preventivos o la autocuratela⁹⁵. A este respecto, considero conveniente fijar el contenido de estas medidas preventivas y establecer un sistema de control, a fin de evitar posibles situaciones de abuso. En relación con la autocuratela, cabe resaltar que la preferencia por la autorregulación en el anteproyecto es obvia desde el principio, pues en su art. 248 manifiesta que “sólo en defecto o insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias procederán las medidas legales o judiciales”. No obstante, la propuesta de representación legal solicitada por el mismo afectado no vincula al juez, es decir, el órgano judicial podrá nombrar a una persona distinta a la prevista por la persona con discapacidad, siempre que lo haga mediante resolución motivada y en beneficio del incapacitado.⁹⁶ Asimismo, se establecen también otro tipo de medidas de carácter externo (la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho), las cuales entran en acción una vez determinada la necesidad de apoyo. Dentro de estas últimas medidas, cobra especial importancia la figura de la guarda de hecho, que pasa de ser una situación provisional a una auténtica institución de apoyo⁹⁷. La doctrina está muy dividida en esta cuestión, según los que consideran que se trata de una verdadera institución y los que la entienden como una mera situación de hecho. No obstante, *LESCANO FERIA*⁹⁸, tras un análisis exhaustivo de la materia, establece que lo fundamental de esta figura no es tanto la discusión sobre su naturaleza sino

⁹⁵ La autocuratela se define como la “declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (artículo 269 CC) o habilitado de edad (artículo 244 CC), que en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 CC) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 CC), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 CC)”. IPIÉNS, J.A.E., La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 87.

⁹⁶ PAU, A., De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 14.

⁹⁷ Ministerio de Justicia, Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2018, pp. 25. Disponible en

<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429031075?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMAIN.PDF> ; última consulta 25/03/2019)

⁹⁸ *LESCANO FERIA*, P. A., La guarda de hecho, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, 2017, p. 75.

las características de esta, siendo estas “la ausencia de deberes de protección y custodia por una persona sin título que la habilite” y “la inexistencia de un deber legal para ello”. Se trata de una medida de apoyo que opera únicamente cuando, existiendo necesidad de protección, no se han aplicado las medidas voluntarias o judiciales pertinentes.

La curatela ocupa un papel fundamental en este proyecto de reforma. Se trata de la medida de protección más importante de origen judicial⁹⁹. Como su propio nombre indica, esta institución está dedicada a ayudar, cuando se precise un apoyo continuado, siempre que no exista otra medida de apoyo suficiente. Sin embargo, dependiendo del grado de discapacidad de la persona en cuestión, el juez podrá optar entre establecer una curatela asistencial o, de manera excepcional, cuando el destinatario del apoyo no cuente con la capacidad suficiente para autogobernarse, es decir, cuando no pueda tomar por sí mismo sus propias decisiones, el juez deberá constituir una curatela representativa¹⁰⁰. Así, siendo la regla general la declaración de la curatela asistencial, se deja la abierta la puerta a la curatela representativa, pues la decisión judicial dependerá del grado de discapacidad del sujeto. Este hecho se estima contrario a la Convención, pues el texto internacional propone la eliminación del modelo representativo, en consecuencia y con el fin de cumplir lo dispuesto en la Convención, el legislador aboga por que el juez se incline por la asistencial siempre que sea posible.¹⁰¹ Con esta graduación se pretende adecuar la asistencia ofrecida a la necesidad de protección demandada, de tal forma que se respete en todo momento la voluntad de la persona con discapacidad. No obstante, considero que se trata de una medida insuficiente, pues pretende amparar a todas las personas con discapacidad bajo una misma figura de guarda, independientemente del nivel de deficiencia que padezcan, desde aquellos sujetos que necesitan asistencia para comunicarse, cuya capacidad de autogobierno permanece intacta, hasta aquellos que precisan de la sustitución de su voluntad para la toma de decisiones. A este respecto, el ordenamiento suizo distingue distintas categorías de

⁹⁹ BERNAT, P. A. M., La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 122.

¹⁰⁰ La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, *Cit.*, pp. 124.

¹⁰¹ De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil, *Cit.*, p. 17.

curatela¹⁰² según la intensidad de la discapacidad, proponiendo la siguiente clasificación: curatela general, de cooperación, de acompañamiento y de representación. Por todo ello, sería conveniente determinar claramente las causas de necesidad de protección, y, en consecuencia, adaptar una medida de apoyo de manera proporcional al grado de alteración de las facultades del individuo. Asimismo, estimo oportuna la regulación de una medida de ayuda al margen de las medidas de protección de origen judicial, para los supuestos menos restrictivos, como ya recogen otros ordenamientos.¹⁰³ De este modo, la propia persona escogería a su asistente mediante un simple procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El defensor judicial, a diferencia de la curatela, es una institución de apoyo que, según mantiene el anteproyecto de 2018 en su art. 249 de acuerdo con el art. 299 bis CC, actúa de manera ocasional y en los supuestos concretos del art. 299 CC: en escenarios de conflicto de interés entre el destinatario del apoyo y la figura que presta esta ayuda de manera estable, situaciones transitorias en las que el prestador del apoyo se ve imposibilitado para prestar la asistencia requerida o en los casos aislados en los que se precise apoyo pero este no esté garantizado por otra medida asistencial¹⁰⁴.

Por su parte, la tutela se aparta del ámbito de la discapacidad, quedando así limitada a los menores de edad no emancipados y no sujetos a la patria potestad. Del mismo modo, por su rigidez y su falta de adaptación al nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad, desaparecen de este campo tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada¹⁰⁵, de manera que, según lo propuesto, en el momento en el que el menor discapacitado alcanza la mayoría de

¹⁰² BLANCO, VM., Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 201.

¹⁰³ En efecto, La Ley 25/2010, de 29 de julio por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña, recoge la institución de la asistencia o administración de apoyo, para los supuestos de personas de avanzada edad con dificultades cognitivas no severas o personas con discapacidades físicas. BARRÓN ARNICHES, P., El Recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano. 2013, pp. 4 y 5.

¹⁰⁴ NEILA, J.P., La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 160.

¹⁰⁵ Según lo dispuesto en el art. 171 CC, se entenderá por patria potestad rehabilitada la situación en la que “Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.”

edad, se le ofrecerá el mismo sistema de apoyos que a cualquier otra persona adulta con discapacidad.

Tomando como base la Observación General de 2014, se considera que la capacidad jurídica no abarca únicamente la titularidad de derechos y obligaciones, sino que incluye la legitimación para ejercerlos y, además, expresa que dicha capacidad no es modificable, rechazando así la incapacitación. En consecuencia, el procedimiento de provisión de apoyos conllevará una resolución judicial que especifique las necesidades de apoyo, pero nunca devendrá en una declaración de incapacitación. Se suprime por tanto la incapacitación judicial y se promueve la capacidad de obrar.

4. CONCLUSIONES

Tras una exhaustiva revisión de la legislación civil en materia de discapacidad en nuestro país, y más particularmente, de la evolución de las diversas reformas relativas a los apoyos de las personas con capacidad modificada, se han extraído las siguientes conclusiones:

1. Los conceptos discapacidad y capacidad modificada no deben confundirse, tratándose el primero del padecimiento de una deficiencia física o psíquica a largo plazo, mientras que el segundo se reduce a quienes tienen su capacidad de obrar limitada, mediante sentencia judicial, a causa de la falta de aptitudes volitivas o intelectivas suficientes para autogobernarse.
2. La incidencia de la Convención de las Naciones Unidas de 2006 sobre nuestro ordenamiento jurídico ha sido evidente. A partir de esta norma internacional el tratamiento de la discapacidad en España se ha centrado en la igual protección de los derechos de la persona, indistintamente de las características físicas o mentales de cada uno. Asimismo, se da primacía la autonomía de la persona, proponiendo el reemplazo del antiguo modelo de sustitución por un modelo de apoyos, abogando por sistemas de protección menos intrusivos, de manera que no se trate de una sustitución de la voluntad de la persona con capacidad modificada, sino de aportar un complemento a esa capacidad, respetando en todo momento la dignidad de

la persona. En este sentido, cobra especial importancia el art. 12 de la citada CIDPD, precepto que trata la capacidad jurídica y el igual reconocimiento de toda persona ante la ley. A tenor de esta disposición, las instituciones de guarda, y más concretamente la de la tutela, deberían ser sustituidas progresivamente a favor de un sistema de apoyos en la toma de decisiones, equivalente a la no cesión de derechos a favor de otra persona, de manera que la propia persona pueda actuar por sí sola. No obstante, en la práctica, la adaptación a la normativa española no está suprimiendo las tradicionales instituciones de guarda, sino que está cambiando el orden de prelación, quedando la tutela en un segundo plano para optar en la mayoría de los supuestos por la sujeción a la curatela. Todo ello evidencia la latente necesidad de adecuar el art. 12 CIDPD a nuestro ordenamiento.

3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo propone un distinto tratamiento de la protección de las personas con discapacidad según si se trata de personas con la capacidad de obrar limitada o aquellas que por lo contrario no precisan de la modificación de su capacidad. Dentro del primer grupo, las medidas de apoyo para este colectivo también gozan de graduación. Además, el Tribunal manifiesta que nuestro Ordenamiento jurídico es compatible con lo dispuesto en la CIDPD, de manera que es posible privar de ciertos derechos a aquellas personas que padezcan una falta de capacidad permanente siempre que dicha privación suponga una medida de protección. Para que dicha conciliación con la Convención sea efectiva, es preciso que la incapacitación no sea equivalente a un cambio de titularidad de los derechos fundamentales, aunque si suponga un cambio en el modo de ejercerlos.
4. En lo relativo a la sentencia judicial de incapacitación, es necesario que fije de manera individualizada la particular condición en la que se encuentra la persona en cuestión, determinando el grado de discapacidad, adaptándola a sus necesidades concretas y, en consecuencia, atribuyéndole la protección pertinente a través de medidas de apoyo, siempre atendiendo al principio de proporcionalidad. Asimismo, en todo caso deberá ser revisable, pues la capacidad de una persona puede aumentar o disminuir con el paso del

tiempo, por lo que de no hacerlo podrían crearse situaciones caracterizadas por la sobreprotección.

5. En relación con la comparativa de las tres propuestas de reforma comentadas, considero que la presentada por el Grupo Parlamentario Popular resulta incompleta por breve, pues se trata simplemente de un llamamiento al Gobierno para que presente una propuesta de ley con el fin de adaptar el art. 12 CIDPD a la normativa española. En cuanto a la propuesta del Real Patronato del año 2012 y la propuesta de reforma del año 2018, considero que la primera propone un sistema de protección más flexible, y por ende más adecuado, pues plantea la supresión de las instituciones de guarda y hace una distinción según el grado de discapacidad de la persona necesitada de protección. En cambio, el más reciente Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad por su parte, presta especial importancia a la curatela, distinguiendo únicamente entre la asistencial y la representativa. Asimismo, este último atribuye un trato preferente a las medidas preventivas y, especialmente, a la guarda de hecho. En mi opinión, las tres propuestas de reforma adolecen de una falta de concreción, pues no queda claro qué tipo de medidas de apoyo plantean, por lo que sería recomendable fijar dichas medidas, atendiendo posteriormente a la voluntad y preferencias particulares de cada persona.

6. A mi juicio, los cambios legislativos relativos al sistema de protección de las personas con la capacidad modificada judicialmente son insuficientes. Las medidas de protección de carácter judicial son demasiado rígidas. La persona incapacitada en la mayoría de los casos lo está para todo acto jurídico, salvo supuestos excepcionales en los que el juez disponga lo contrario, y no se atiende a las circunstancias particulares de cada individuo. Siendo la tutela la institución de guarda más estricta, pues supone la auténtica sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, considero que la curatela también precisa de cambios. Pese a su mayor flexibilidad, resulta controvertido pensar que una única institución de apoyos pueda dar respuesta a situaciones tan dispares, pues cada persona es distinta, lo que equivale a una gran variedad de tipos de discapacidad de

muy diversos grados. Por todo ello, considero preciso ofrecer un sistema de apoyos puntuales personalizado, según las circunstancias y las condiciones de la persona.

7. Declaro mi preferencia por las medidas autorregulatorias, pues se trata de los instrumentos de protección más respetuosos de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, jurídicamente es complicado discernir el límite en el que, una persona cuyas aptitudes para autogobernarse resultan mermadas, es capaz de tomar sus propias decisiones, por lo que es necesario complementar estas medidas con apoyos externos puntuales siempre que sean por si solas insuficientes, y, asimismo, llevar un control periódico de las mismas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales

- ALVENTOSA DEL RÍO, J., La incapacitación en España, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº17, 2014, pp. 253-254.
- ASÍS ROIG, R., Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos, 2007,
- BARRÓN ARNICHES, P., El Recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano, 2013, pp. 4 y 5.
- BERNAT, P. A. M., La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 122.
- BLANCO, V.M., Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 201.
- BOTELLO HERMOSA, P., El procedimiento de modificación de la capacidad en España diez años después de la entrada en vigor de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Pensar*, vol. 23, núm. 2, 2018, p. 2.

- CAMPUZANO TOMÉ, H., El ejercicio del derecho de autonomía personal de las personas con discapacidad en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp.109.
- COMITÉ DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS, Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 35 de la Convención. Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España, 2011, pp.3.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1, 2014, pp. 5.
- CROVETTO, B.S., ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2015, vol. 91, no 747, p. 395.
- CUENCA GÓMEZ, P., La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El Art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español, *Derechos y libertades*, 2011, nº24, p. 224.
- 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, p. 78. ISSN 1695-078X.
- DE PABLO CONTRERAS, P., La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Dykinson, 2009. p. 562.
- DEL RÍO, J.M.L., El proceso de incapacitación. *Actualidad civil*, 2001, no 4, p. 1492.
- DE SALAS MURILLO, S., Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2018, nº 5, p. 86

- ESBEC RODRÍGUEZ, E., Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 12, 2012, p.121.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Fernández. Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *Cit.*, p. 75.
- FERNÁNDEZ, D.M., La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, vol. 65, nº 2133, p. 3.
- GARCIA GARNICA, M. C., *De la Incapacitación. Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanc, 2013, p. 2044.
- Informe “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”, dirigido por Rafael de Asís, coordinado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2008, pp. 32.
- LESCANO FERIA, P. A., La guarda de hecho, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, 2017, p. 75.
- MARITAN, G.G., Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho, *Derecho y cambio social*, 2013, vol. 10, nº 31, p. 17
- MARTÍN, R.B., El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, 2018, no 9327, p. 12.
- NEILA, J.P., La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, pp. 160 y 161.
- PALACIOS, A; BARIFFI, F. J., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca, 2014.
- PALACIOS, A., Capacidad jurídica en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008, pp. 9 y 10.
- PALACIOS, A., El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cermi, 2008, pp. 66 y ss.

- PAU, A., De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 14.
- POLONIO DE DIOS, G., La discapacidad desde la perspectiva del Estado Social, Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2016, p. 525.
- PONS, A.G., El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de derecho civil*, 2013, vol. 66, no 1, p. 114.
- RÍOS, M.I.H., El concepto de discapacidad: De la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 2015, vol. 6, no 2, p. 49.
- RODRÍGUEZ, M.A. Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad. *Ius et Veritas*, 2016, vol. 24, no 53, p. 265.
- RUBIO, M.P.G., Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, no 3, p. 174.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. pp. 156-159
- TESÓN, I.V., Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, 2010, nº7, p. 571.

6. ANEXOS

Legislación

- Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, nº 3, p. 247.
- Anteproyecto reforma del artículo 49 de la Constitución Española, 2018, pp. 1. (Extraído de http://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/071218_Art49Consti.pdf ; última consulta día 28 de marzo de 2019).
- BO Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, de 29 de junio de 2012 pp. 6 y ss.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Cortes Generales, Pleno y diputación permanente, núm. 79, de 12 de diciembre de 2012, pp. 27 y ss.
- Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, Propuesta de
- Posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), DOC-AGA-08-05-02. Disponible en http://www.autismo.org.es/sites/default/files/blog/adjuntos/resolucion_edf_e_strategia_europea_discapacidad_2020-2030.pdf ; última consulta 26 de marzo de 2019)
- Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, BOE., núm. 103 de 30 de abril de 1982.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, BOE., núm. 289 de 3 de diciembre de 2003.
- 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, BOE., núm 256, de 3 de diciembre de 2013).
- Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, BOE., núm 277, de 16 de diciembre de 2006.

- 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, BOE., núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE., núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE., núm. 89, de 13 de abril de 2007.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE., núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, BOE., núm. 256 de 26 de octubre de 1983.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE., núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma, de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, BOE. núm. 73, de 26 de marzo de 2009.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, BOE. núm. 158, de 3 de julio de 2015.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE., núm. 184, de 2 de agosto de 2011.
- Ministerio de Justicia, Dictamen 5/2018 sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad., 2018, pp. 2. Disponible en

- (<http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf> ; última consulta 28/03/2019)
- Ministerio de Justicia, Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2018, pp. 45. Disponible en (<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429031075?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMAIN.PDF> ; última consulta 22/03/2019)
 - Organización Internacional de la Naciones Unidas. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (Disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> ; última consulta 30/03/19)
 - Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE. núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.

Jurisprudencia

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio de 2014 (Roj 3168/2014).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 244/2015, de 13 de mayo de 2015 (RJ 1945/2015).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril de 2009
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 5676/2012, de 17 de julio de 2012
- STC núm. 174/2002, de 9 de octubre de 2002 (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002)
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 de octubre de 2012 (Rec. 262/2012).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 337/2014, de 30 de junio de 2014 (Rec. 1405/2013).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 373/2016, de 3 de junio de 2016, (Rec. 2367/2015).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1901/2017 de 16 de mayo (Rec 2758/2016)