



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD. EL DERECHO ESPAÑOL ANTE LOS
RETOS DE SU ADAPTACIÓN A LA CONVENCIÓN DE
NACIONES UNIDAS APROBADA EN NUEVA YORK EL
13 DE DICIEMBRE DE 2006**

Autor: Álvaro Marín Rubio de la Torre

Cuarto curso del Grado en Derecho (E1)

Área de Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analizan las características esenciales del sistema de protección jurídica dispensado a las personas con discapacidad y su adecuación a los principios derivados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmada en Nueva York en el Año 2006. Para alcanzar este objetivo, se realiza un estudio de las previsiones de la legislación española que pueden resultar más controvertidas y de la interpretación jurisprudencial que se hace de ellas en relación con el modelo establecido por la Convención, así como se exponen los ajustes normativos más relevantes que se han efectuado, examinando con especial detalle las reformas que pretende acometer el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

ABSTRACT

This paper analyse the essential characteristics of the legal protection system provided to persons with disabilities and its adaptation to the principles derived from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities signed in New York in 2006. To achieve this objective, it is made a study of the provisions of our legislation that may be more controversial and of the jurisprudential interpretation made of them in relation to the model established by the Convention, as well as setting out the most relevant regulatory adjustments that have been made, with a special emphasis on the reforms that the Preliminary Draft Act reforming civil and procedural legislation in the field of disability intends to undertake.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, personas con discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 12 de la Convención, capacidad jurídica, capacidad de obrar, tutela, curatela, medidas de apoyo, Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

KEY WORDS

Disability, persons with disabilities, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 12 of the Convention, legal capacity, ability to act, guardianship, curatorship, support measures, Preliminary Draft Act reforming civil and procedural legislation in the field of disability.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
1. CONSIDERACIONES GENERALES	9
1.1. Noción de discapacidad	9
1.2. Respeto a los principios y mandatos constitucionales en la configuración del sistema de protección de las personas con discapacidad	13
2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	17
2.1. Introducción	17
2.2. Contenido esencial de la Convención	18
2.3. Artículo 12 de la Convención	20
2.3.1. <i>Contenido del artículo 12</i>	20
2.3.2. <i>Interpretación doctrinal del artículo 12</i>	21
2.3.3. <i>Interpretación jurisprudencial</i>	25
2.3.4. <i>Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i>	27
2.4. Ajustes normativos de la legislación española a la luz de la Convención	29
3. SISTEMA JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	34
3.1. Capacidad modificada judicialmente	34
3.1.1. <i>Nueva terminología</i>	34
3.1.2. <i>Causas de la modificación judicial de la capacidad y contenido de la sentencia judicial</i>	35
3.2. Instituciones tutelares.....	40
3.2.1. <i>La curatela como institución protectora más adecuada a la luz de la CDPD</i>	41
4. ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD PARA SU ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	47

4.1. Reforma del Código Civil	48
5. CONCLUSIONES	56
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	59

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CDPD	Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York, 13 de diciembre de 2006
CE	Constitución española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud
<i>Cit.</i>	Citado
Coord.	Coordinador
FJº	Fundamento jurídico
<i>Ibid.</i>	Indica que el trabajo que se cita coincide con la nota inmediatamente anterior en el autor, título y edición
<i>Id.</i>	El trabajo que se cita coincide en todos los aspectos con la obra citada en la nota inmediatamente interior
LANC	Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 de agosto de 2011).
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGDPD	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

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
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LPPPD	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
N.	Número
<i>Op. cit.</i>	Obra citada con anterioridad pero no de forma inmediata
p.	Página
Párr.	Párrafo
pp.	Páginas

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), supone un hito fundamental en el tratamiento jurídico dispensado a las personas con discapacidad. Se trata del reconocimiento y de la afirmación de derechos que se han negado históricamente a estos sujetos, así como de la introducción de un sistema de protección jurídica que pretende ser más respetuoso con su voluntad y sus preferencias. Por ello, resulta necesario analizar de qué manera la legislación española en materia de discapacidad se ha adaptado a este nuevo paradigma, fundamentalmente porque se puede cuestionar la compatibilidad de algunas de las previsiones de nuestra normativa con los principios derivados de la CDPD.

Para conseguir este propósito, primero ha sido preciso establecer cuáles son las bases sobre las que se asienta el sistema jurídico de protección de estos individuos. Así pues, la presente investigación comienza planteando la discapacidad como una “*cuestión de derechos fundamentales*”¹. Un tema en el que vamos a partir del respeto al principio de dignidad humana, el cual resulta esencial en la configuración de nuestro orden político y social.

Una vez estipulados los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema, se procederá a determinar los aspectos más relevantes establecidos por el texto internacional. En concreto, se realizará un estudio más profundo sobre el problemático artículo 12 CDPD, analizando la repercusión que tiene en nuestra legislación civil y, exponiendo la interpretación realizada por la Observación General N°1 y por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de abril de 2009.

Teniendo en cuenta que la incorporación de la CDPD al ordenamiento jurídico español² inició un proceso de revisión legal y de adaptación de la legislación a las nuevas previsiones, se detallará la reacción que tuvo el legislador español ante la entrada en vigor de la normativa internacional en el año 2008.

A continuación, se explicarán las principales características del procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar y de las instituciones tutelares

¹ Martínez-Pujalte, A. L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2016, p. 14.

² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008).

vigentes en la regulación jurídica de acuerdo a la interpretación que están realizando nuestros órganos judiciales a la luz de los principios de la CDPD.

Por último, como consecuencia del cambio de sistema que puede producirse en el régimen jurídico aplicable a las personas con discapacidad, nos centraremos en el estudio del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad presentado por el Gobierno el 26 de septiembre de 2018. Con el objetivo de determinar su adecuación a las exigencias de la CDPD, mostraremos las principales reformas que se pretenden acometer en la normativa civil.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Noción de discapacidad

El tratamiento que se ha otorgado a las personas con discapacidad ha experimentado importantes cambios a lo largo de la historia en función del desarrollo del pensamiento que sobre estos sujetos se ha tenido desde los diferentes ámbitos científicos, y esencialmente, con los avances que ha logrado la sociedad con respecto a la defensa de los derechos humanos, teniendo el ejemplo más inmediato en la aprobación de la CDPD. Todo ello ha contribuido lógicamente a que la perspectiva con la que se ha elaborado el régimen de protección jurídico aplicable a las personas con discapacidad también haya evolucionado. De este modo, del análisis general de la regulación jurídica, en primer lugar destaca la disparidad de los términos adoptados por el legislador para referirse a ellos. Así, tal y como señala Montserrat Pereña, “*al estudiar la protección que ofrece el ordenamiento jurídico a los discapacitados, el primer problema que encontramos es de orden terminológico*”³.

Tradicionalmente, se han utilizado indistintamente diversos términos para referirse a las personas con discapacidad; a título ejemplificativo *minusválido*, *incapacitado* o *inválido*. Además de que algunas denominaciones poseen connotaciones más negativas, no comparten el mismo significado, incluso algunos como los referidos a la incapacitación, implican un tratamiento y unas consecuencias jurídicas diferentes. Si bien, podemos decir que se ha dejado de utilizar el término *minusválido*, por el que anteriormente optaba el legislador, para pasar a adoptar tanto a nivel nacional como internacional el término *discapacitado*⁴.

La Organización Mundial de la Salud publicó en 1980 la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (en adelante CIDDM). La CIDDM tenía como objetivo primordial “*ir más allá del proceso mismo de la enfermedad y clasificar las consecuencias que ésta deja en el individuo tanto en su propio cuerpo, como en su persona y en su relación con la sociedad*”⁵. De esta clasificación pueden resultarnos muy valiosas para entender su concepto las definiciones que se realizan de minusvalía y de discapacidad.

³ Montserrat Pereña, V, citado por Gallego Peragón, J.M., “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, *Quincena fiscal*, n. 3, 2011, p. 15.

⁴ *Id.*

⁵ Egea García, C., y Sarabia Sánchez, A., “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001, p. 16.

Por un lado, por discapacidad se entiende que es toda *“restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”*⁶.

Por otro lado, la minusvalía es definida como *“una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo o factores sociales y culturales)”*⁷.

Sin embargo, la CIDDM fue sometida a un largo proceso de revisión que desembocó en la aparición de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (en adelante CIF), cuyo propósito principal es *“proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud”*⁸. De esta manera, se pretendía realizar una nueva clasificación dejando atrás la perspectiva aportada por la CIDDM de las consecuencias de la salud, para utilizar una terminología más positiva desde la visión de la salud y los estados relacionados con ella. En lo que aquí nos interesa, en la CIF se proporciona un contenido nuevo a la discapacidad, determinando que se trata de un término general que *“engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación”*⁹.

El estudio conceptual de la discapacidad puede enfocarse desde diversas perspectivas. Desde un punto de vista más genérico, podemos remitirnos a las definiciones legales del concepto de discapacidad acuñadas tanto por los textos normativos nacionales como internacionales. Así, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD), confecciona por primera vez una definición del concepto de discapacidad en nuestro ordenamiento basándose en lo dispuesto por el artículo 1 de la CDPD. El artículo 2.1 a) LGDPD define discapacidad de la siguiente manera:

⁶ Egea García, C., y Sarabia Sánchez, A., *op. cit.* p. 16.

⁷ *Id.*

⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹ *Ibid.*, p. 24.

“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”¹⁰.

Del análisis del precepto, se puede deducir que la intención del legislador no reside en poner el acento en la deficiencia permanente que sufre un sujeto, ni tampoco en los obstáculos presentes en la sociedad. El núcleo del concepto de discapacidad se ubica, tal y como señala De Fuentes García-Romero de Tejada, en la interacción entre las deficiencias que padecen las personas y las barreras sociales existentes, lo que se traduce en la necesidad de adopción de medidas de apoyo efectivas para así poder eliminar las circunstancias que impiden a las personas con discapacidad participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás¹¹.

En este sentido, observamos que la definición contempla un concepto abierto de discapacidad. Como señala el propio Preámbulo de la CDPD en la letra e), *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

Siguiendo un enfoque más específico, se puede abordar el concepto de discapacidad haciendo referencia a los derechos y a las prestaciones que pueden disfrutar aquellas personas que acrediten un determinado grado de la misma. Esta perspectiva más administrativa es en la que se basa la Ley 41/2003, 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 (en adelante LPPPD). En virtud de su artículo 2.2, se consideran personas discapacitadas *“las*

¹⁰ 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 3 de diciembre de 2013).

¹¹ De Fuentes García-Romero de Tejada, C., “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 4, n. 2, 2016, p. 84.

afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento” o “las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”¹².

Según esta definición, sólo las personas que tengan reconocido un determinado grado de discapacidad, lo que se acredita a través de resolución judicial firme o por certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, podrán ser beneficiarias de los patrimonios constituidos a su favor, así como ser titulares de los derechos y de las prestaciones otorgadas por la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹³, para los grados de discapacidad definidos. Asimismo, debe señalarse que el artículo 13 de la LPPPD incorpora al Código Civil (en adelante CC) la Disposición adicional cuarta, con el objeto de que la mención realizada a las personas con discapacidad por los artículos 756, 822 y 1041 CC sea interpretada atendiendo al concepto acuñado por la LPPPD.

Por último, podemos hacer referencia al concepto jurídico de incapacitado. Aunque se analizará posteriormente en profundidad la institución de la incapacitación – en el epígrafe 3.1 de este trabajo –, es necesario señalar que la revisión legal a la que está siendo sometido el sistema civil de protección de las personas con discapacidad ha propiciado que se haya introducido la terminología de *modificación judicial de la capacidad*. De este modo, en adelante se utilizará en el presente trabajo esta nueva denominación para referirse a la tradicional institución.

Se trata de un concepto jurídico de discapacidad cuyo ámbito es distinto al de los anteriores. Para modificar judicialmente la capacidad de una persona, el artículo 199 CC exige que se lleve a cabo un proceso judicial en el que se acredite la concurrencia de las causas establecidas por el artículo 200 CC. En virtud de este último, “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo*”. De esta manera, podemos observar que es necesaria la presencia de dos elementos para la modificación de la capacidad. Por un lado, una resolución judicial dirigida a modificar la capacidad de una persona. Por otro lado, que dicha sentencia esté fundamentada en la existencia de una

¹² Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre de 2003).

¹³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 de diciembre de 2006).

enfermedad o deficiencia que tenga como consecuencia la imposibilidad para gobernarse a uno mismo.

En comparación con el concepto definido por la LPPPD, el artículo 200 CC incorpora la circunstancia de la imposibilidad de gobernarse. Sin embargo, el artículo 2.2 LPPPD no exige este requisito, de modo que para tener la consideración de persona discapacitada a efectos de esta norma, se precisa únicamente el grado de discapacidad establecido¹⁴.

A modo de conclusión, podemos señalar, tal y como hace el profesor Ruiz de Huidobro¹⁵, que el sistema jurídico civil prevé tres niveles de protección para las personas con discapacidad. Así, el primer nivel de protección sería el establecido por la definición que acuña la LGDPD, que hay que recordar que deriva del artículo 1.1 CDPD. En segundo lugar, nos encontraríamos con un concepto jurídico de discapacidad más restringido, en virtud del cual, – según lo previsto en la LPPPD –, sólo tienen la consideración de personas discapacitadas aquellas que acrediten un determinado grado de minusvalía. En último lugar, para aquellos sujetos que padezcan una enfermedad o deficiencia que les impida gobernarse a sí mismos, se dispensa la institución protectora de la modificación judicial de la capacidad.

1.2. Respeto a los principios y mandatos constitucionales en la configuración del sistema de protección de las personas con discapacidad

Antes de adentrarnos en el estudio de la protección jurídica dispensada a las personas con discapacidad por la normativa internacional – en concreto por la CDPD – y por la normativa interna, es necesario establecer con carácter general cuáles son las bases sobre las que se ha construido el régimen jurídico aplicable a estos sujetos.

En primer lugar, es fundamental recordar que la idea esencial sobre la que descansa nuestro sistema jurídico-político es la del respeto debido a toda persona por su condición de ser humano, es decir, la del principio de dignidad humana. Este postulado, que se encuentra encabezando el catálogo de derechos y deberes fundamentales previstos en nuestra Constitución, constituye “*un prius de toda la ordenación jurídico-*

¹⁴ Gallego Peragón, J. M., *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2012. p. 243.

positiva”¹⁶ que exige el mismo respeto a todas las personas con independencia de las características y capacidades que posea cada uno. En consecuencia, lo que propugna es que no se permitan aquellas actuaciones que puedan derivar en un menoscabo de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas. Por ello, precisamente se estaría vulnerando este principio si no se trabajase para construir un modelo basado en la creación de las condiciones adecuadas para que estos sujetos puedan participar de forma efectiva en una sociedad repleta de barreras que les dificultan una integración plena en la comunidad.

En consecuencia de lo anterior, se impone a los poderes públicos el deber de adoptar las medidas oportunas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos fundamentales – habida cuenta de las dificultades que encuentran para su ejercicio por las características de un entorno no inclusivo –. Así, el punto de partida de este sistema de protección lo situamos en el único precepto constitucional que hace referencia explícita a la discapacidad¹⁷. Se trata del artículo 49 de la Constitución Española (en adelante CE), el cual impone a las autoridades el mandato específico de ejecutar una *“una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

Estrechamente vinculado con el mandato constitucional del artículo 49 CE está el artículo 9.2 CE, un precepto esencial para la configuración de un sistema que posibilite un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Así, el artículo 9.2 CE exige a los poderes públicos que implementen todas aquellas medidas convenientes para garantizar la libertad e igualdad de los individuos. En este sentido, si nos desplazamos a la situación de las personas con discapacidad, se traduciría nuevamente en la obligación de crear las circunstancias más idóneas para que éstas puedan ejercer los derechos de los que son titulares en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. De esta manera, el deber de las autoridades se concreta en la remoción de los obstáculos con los que se encuentran los discapacitados y en la adopción de medidas que sirvan de apoyo y de

¹⁶ De Montalvo Jääskeläinen, F., y Macías Jara, M. “Teoría general de los derechos y libertades”, en Álvarez Vélez, M. I (coord.), *Lecciones de Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 345.

¹⁷ Martínez-Pujalte, A. L., *op. cit.* p. 22.

protección¹⁸. Con respecto a estas últimas, hablamos de la ejecución de acciones positivas, que según la definición que aporta el artículo segundo de la LGDPD, “*son aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad*”.

Asimismo, cobra especial importancia en esta materia el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, un derecho que es garantizado específicamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CDPD y la CE. Su reconocimiento se traslada directamente al plano de la discapacidad, donde el artículo 12 de la CDPD – que será analizado con detalle en el segundo epígrafe de este trabajo – pretende definir con más profundidad el contenido de este derecho, que está íntimamente conectado con el trato discriminatorio que históricamente han sufrido las personas con discapacidad por la negación de su capacidad jurídica.

A este respecto, el artículo 14 CE sienta el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por una serie de razones, entre las cuáles no está explícitamente establecida como una de ellas la discapacidad. No obstante, hay que señalar que una posible diferenciación de trato teniendo como fundamento la discapacidad, no impediría que esa conducta pudiese considerarse como discriminación si nos atenemos a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 269/1994, de 3 de Octubre. De acuerdo a ella, los motivos establecidos en el artículo 14 CE como causas discriminatorias no constituyen un *numerus clausus*: “*No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación*” (FJº 4)¹⁹. Así, los rasgos inherentes a las personas como potenciales razones para la discriminación no constituyen un catálogo cerrado, de modo que se deja abierta la posibilidad de subsumir otras situaciones dentro del artículo 14, como la discapacidad.

¹⁸ Martínez-Pujalte, A. L., *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 269/1994 de 3 octubre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 1994\269]. Fecha de última consulta: 5 de marzo de 2020.

Con estos principios como pilares en la construcción del sistema de protección, la CDPD busca poner fin al tratamiento dispar que buena parte de las legislaciones internas otorgan a las personas con discapacidad y, por ello, afirma una serie de postulados – como el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás –, que habrá que analizar cómo el ordenamiento jurídico español los respeta.

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

2.1. Introducción

Con el objeto de aprobar un instrumento jurídico internacional específico para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, así como para que los Estados firmantes del mismo lo integrasen en sus ordenamientos jurídicos, el 13 de diciembre de 2006 fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas la CDPD y su protocolo facultativo. De este modo, la CDPD supuso un importante avance y cambio en el sistema internacional de derechos humanos en materia de discapacidad por medio de la producción de efectos jurídicos plenos en aquellos Estados que la ratificaron.

El origen de su proceso de elaboración lo podemos situar en la ausencia de un texto internacional vinculante que protegiese concretamente a las personas discapacidad, y en la falta de amparo por parte del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas.

La propuesta de una Convención en esta materia fue puesta de manifiesto por primera vez en el año 1987 en la Cuadragésima Segunda Sesión de la Asamblea General. La culminación a un largo período de discusión sobre la necesidad de una Convención y sobre la adecuación de su contenido, llegaría el 5 de diciembre de 2006 en la última sesión del Comité Especial – responsable de la redacción de la CDPD – en la que se adoptó el texto definitivo que sería aprobado posteriormente por la Asamblea General²⁰.

Cabe destacar que en el proceso de gestación del texto internacional no sólo participaron de forma conjunta los Estados Miembros y los Estados observadores de las Naciones Unidas, sino que además se permitió la intervención en el procedimiento de organismos no gubernamentales representativos de personas con discapacidad²¹.

²⁰ De Lorenzo García, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, en Álvarez Ramírez, G. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 20.

²¹ De Lorenzo García, R., y Palacios, A., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia”, De Miguel Vijandi, B. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*, Ediciones Cinca, Madrid, 2016, p. 17.

En lo que respecta a España, destaca su temprana incorporación a la CDPD, formando parte del primer conjunto de Estados firmantes²². Tanto la CDPD como su protocolo facultativo, se ratificaron el 23 de noviembre de 2007 y se publicaron en el BOE el 21 de abril de 2008.

La entrada en vigor de la norma internacional trajo consigo el notable reto de revisar y adaptar nuestra legislación al articulado y a los principios contenidos en su texto. Desde ese momento, se implanta un nuevo enfoque en nuestro sistema jurídico de protección de la discapacidad derivado de lo acordado en este instrumento jurídico y que, por consiguiente, *“por tener ese carácter integral y global, exige una labor interpretativa muy compleja, de la que sin embargo, resulta un importante abanico de oportunidades de mejora de nuestro sistema civil de protección de la discapacidad”*²³.

2.2. Contenido esencial de la Convención

La CDPD es un texto normativo cuyo sentido fundamental reside en la búsqueda de la garantía del principio de no discriminación con respecto a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, así como en el establecimiento de obligaciones dirigidas a los poderes públicos de los Estados signatarios. De esta manera, la CDPD está compuesta por un articulado que contiene una serie de principios informadores del sistema de protección que se va a instaurar, unos deberes fijados para los Estados firmantes, y el tratamiento adecuado que debe dispensarse a ciertos derechos para que puedan ser ejercidos por las personas discapacitadas en igualdad de condiciones con los demás.

El artículo primero de la norma internacional trata dos cuestiones. Así, establece en el primer párrafo que la finalidad de la CDPD es *“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”*.

Inicialmente, se cuestionó el hecho de si la CDPD, además del establecimiento de una garantía para el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos reconocidos

²² De Lorenzo García, R., y Palacios, A., “La Convención Internacional sobre...”, *op. cit.*, p. 39.

²³ Mayor Fernández, D., “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*, año LXV, n. 2133, 2011, p. 4.

para la totalidad de los ciudadanos, suponía también el otorgamiento de diferentes derechos a favor de las personas con discapacidad. En este sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas se pronunció sobre esta cuestión y rechazó tal hipótesis señalando que el objeto de la CDPD es el de fijar las obligaciones de los Estados firmantes para con los discapacitados con respecto a los derechos ya reconocidos²⁴.

Como ya se adelantó previamente en este trabajo, el párrafo segundo del citado artículo realiza una definición del concepto de persona con discapacidad. Así, establece que 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*”.

La ratificación de la CDPD implica para los Estados signatarios la asunción de diversas obligaciones, tendentes a garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. De este modo, el artículo cuatro de la CDPD establece cuáles son las exigencias generales que se imponen a los Estados partes. Estos deberes se pueden agrupar en tres bloques.

En primer lugar, se fijan unas obligaciones de revisión. Los Estados firmantes deben someterse a un proceso de inspección de aquellos actos legislativos y prácticas que sean incompatibles con el contenido de la CDPD. Por tanto, tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias dirigidas a derogar las disposiciones que constituyan discriminación en relación con las personas discapacitadas.

En segundo lugar, se establecen obligaciones de respeto. Así, los Estados tienen el deber de privarse de realizar conductas que sean contrarias al articulado del texto internacional²⁵.

Por último, se imponen exigencias de ejecución. Aquí se hace referencia al hecho de que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las actuaciones pertinentes en orden a garantizar los objetivos de la CDPD, que no son otros que los de implementar las medidas de promoción y protección adecuadas para que las personas discapacitadas gocen plenamente de sus derechos fundamentales.

²⁴ De Lorenzo García, R. y Palacios, A., “La Convención Internacional sobre...”, *op. cit.*, p. 24.

²⁵ *Ibid.*, p. 26.

2.3. Artículo 12 de la Convención

2.3.1. Contenido del artículo 12

El artículo 12 de la CDPD constituye uno de los preceptos más relevantes a la par que uno de los más conflictivos, puesto que las diferentes interpretaciones que se pueden hacer de él dificultan la labor del legislador para adaptar su articulado al Derecho interno español.

A este respecto, el mencionado artículo sienta el principio esencial de igual reconocimiento como persona ante la ley. Un postulado básico del sistema de protección de derechos humanos y que deviene imprescindible para el ejercicio de otros.

El primer párrafo del artículo 12 CDPD, el cual establece que los Estados signatarios reafirman el derecho de las personas a que sea reconocida su personalidad jurídica en cualquier parte, realiza una clara precisión al utilizar el término *reafirman*, de forma que se destaca que ese derecho de las personas discapacitadas no es producto de la CDPD, sino que ya existía con anterioridad a ella²⁶.

A continuación, el segundo párrafo afirma que las personas con discapacidad ostentan una capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, mientras que el párrafo tercero determina el deber de los Estados Partes de adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizarles el ejercicio de esa capacidad. Estos dos puntos son trascendentales, pues se puede entender que, además de establecer la igualdad de las personas discapacitadas con respecto al resto de individuos para ser titulares de derechos y obligaciones, al referirse a *ejercicio de la capacidad jurídica* está reconociendo también la aptitud de las personas discapacitadas para realizar actos jurídicos, esto es, para ejercitar derechos y asumir obligaciones. Asimismo, supone entender un cambio fundamental en la perspectiva de la protección jurídica de los discapacitados, ya que el párrafo tercero significa la transición desde los modelos tradicionales de representación legal basados en la sustitución de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, a un sistema legal cuyo mayor pilar sea el de

²⁶ García Pons, A., “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*, vol. 66, n. 1, 2013, p.66.

proporcionar suficientes apoyos para poder asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica²⁷.

Seguidamente, el cuarto párrafo del artículo 12 exige a los Estados firmantes que faciliten las *salvaguardias* necesarias para que se garantice el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de manera que se asegure que las medidas adoptadas por los órganos competentes “*respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*”. Así, este apartado determina el deber de los Estados Partes de establecer medios de protección que actúen como balanzas que equilibren el apoyo proporcionado por las medidas adoptadas para el ejercicio de la capacidad jurídica y el respeto absoluto de los intereses de las personas con discapacidad.

Por último, cabe señalar que el quinto párrafo del artículo 12 CDPD impone a los Estados partes la exigencia de ejecutar “*las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*”. Como determina García Pons, llama la atención que tenga que ser reafirmado en un texto internacional que versa sobre derechos humanos cuestiones tan básicas como puede ser el hecho de no ser privado arbitrariamente de tus propios bienes²⁸. De modo que, podría inferirse del contenido de este último apartado, que aspectos que pueden parecer tan básicos para algunos, quizás no estaban tan garantizados por los Estados con respecto a las personas con discapacidad.

2.3.2. Interpretación doctrinal del artículo 12

El contenido del artículo 12 de la CIDPD, además de abrir un debate sobre las posibles interpretaciones que admiten los términos *capacidad jurídica* y *ejercicio de la*

²⁷ García Pons, A., *op. cit.*, p. 66.

²⁸ *Ibid.*, p. 67.

capacidad jurídica, puede plantear problemas a los Estados signatarios con respecto a las previsiones de sus ordenamientos internos.

En lo que respecta a España, la tradicional distinción arraigada en nuestro sistema jurídico civil realizada por De Castro sobre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, podría cuestionarse si resulta incompatible con el contenido del artículo 12 CDPD. De ser así, sería entonces ineludible emprender un proceso de revisión legal sobre la institución de la modificación judicial de la capacidad de obrar y sobre las instituciones tutelares.

En este sentido, resulta primordial determinar el significado de estos dos conceptos de capacidad. Por un lado, la capacidad jurídica puede definirse como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones²⁹. Como consecuencia de los principios de libre desarrollo de la personalidad, respeto de la dignidad humana y de no discriminación, todos los hombres ostentan la misma capacidad jurídica³⁰. Asimismo, es importante entender sobre la capacidad jurídica que se mantiene un concepto unitario de la misma, por lo que, tal y como entiende el profesor Gullón Ballesteros, “*es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones*”³¹. Por otro lado, por capacidad de obrar puede entenderse que es “*la aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos o ejercitar derechos*”, derivada del “*poder de gobierno del individuo sobre la propia esfera jurídica*”³². A diferencia de la capacidad jurídica, se ha reconocido que la capacidad de obrar sí admite graduaciones con el fin primordial de proteger a aquel que, después de restringirse su capacidad de obrar por medio de la resolución judicial pertinente, tiene la imposibilidad de valerse por sí mismo para gobernar su esfera jurídica.

En este punto conviene hacer una precisión entre los conceptos de capacidad natural y de estado civil. La capacidad natural depende de la realidad psico-fisiológica del individuo³³. Para determinar ésta, se utilizan datos e indicadores externos.

²⁹ González-Serrano Cazorla, M^a. I., “La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 2, 2014, p. 117.

³⁰ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *op. cit.*, p.156.

³¹ Gullón Ballesteros, A., citado por García Pons, A., “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*, vol. 66, n. 1, 2013, p. 70.

³² Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *op. cit.*, p. 158.

³³ *Ibid.*, p. 160.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, se “*tipifican diversas situaciones generales de capacidad de obrar de los individuos mediante la generalización y abstracción de los citados indicadores*”³⁴, siendo denominadas estas situaciones estados civiles. De este modo, el régimen de capacidad de obrar depende así del estado civil del individuo que se haya determinado, estando basado por los previos indicadores objetivos que permiten presumir su grado de discernimiento, esto es, suponer “*la capacidad material para comprender, entender, expresarse y actuar en defensa de sus intereses personales y patrimoniales*”³⁵. Por tanto, según esta concepción, el régimen de la capacidad de obrar de un individuo viene determinado de forma *inmediata* por su estado civil³⁶, que a su vez viene señalado por una resolución judicial que constata jurídicamente la ausencia de capacidad natural del sujeto en mayor o menor medida.

Realizando un análisis profundo del artículo 12 CDPD, puede extraerse del sentido de su texto que el término capacidad jurídica, engloba tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, como la aptitud para realizar actos jurídicos, es decir, abarca en un mismo término los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. En consecuencia, se reconoce que todas las personas son iguales en capacidad jurídica y que la discapacidad no puede ser motivo para limitar la capacidad de obrar, y por ende, razón para limitar el ejercicio de derechos fundamentales. Cuando las personas no puedan ejercer por sí solas su capacidad jurídica – en el sentido en el que el artículo 12 abarca ambos tipos de capacidad – los poderes públicos deberán adoptar las medidas oportunas para que se proporcione el apoyo pertinente y puedan ejercitar plenamente sus derechos. Como expresa Seoane Rodríguez, de la interpretación del artículo 12 se extraen las siguientes conclusiones:

“La expresión capacidad jurídica empleada por la Convención ha de entenderse también en el sentido de la capacidad de obrar; es decir, tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad para realizar eficazmente actos jurídicos. El objetivo de la Convención es afirmar indubitadamente que la persona con discapacidad tiene derechos, es capaz y debe ser capaz de actuar por sí misma en la medida de lo posible. Cuando el ejercicio de la capacidad necesite apoyos éstos habrán

³⁴ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *op. cit.*, p. 160.

³⁵ Mayor Fernández, D., *op. cit.*, p. 8.

³⁶ Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *op. cit.*, p. 160.

de ser respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, proporcionados y adaptados a sus circunstancias”³⁷.

Expuesto todo lo anterior, debemos de plantearnos si entonces es posible seguir manteniendo la tradicional distinción que se ha realizado en nuestro sistema civil entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Partiendo de la base de que todas las personas tenemos una capacidad jurídica plena, esto es, todos tenemos la misma aptitud para ostentar derechos, podemos cuestionarnos si aquellas personas que precisan de medidas de apoyo para poder ejercer su capacidad jurídica – como señala el artículo 12 CDPD –, también tiene una capacidad de obrar plena.

Siguiendo el juicio de Cazorla González-Serrano, consideramos que no es posible afirmar que estos sujetos ostenten capacidad de obrar plena, puesto que ya el hecho mismo de requerir medidas de apoyo denota el padecimiento de una privación de dicha capacidad³⁸. De esta manera, pese a la unificación realizada por la CDPD del concepto de capacidad, no estimamos oportuno negar la tradicional distinción que ha realizado nuestro sistema civil entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y declarar su incompatibilidad con el texto internacional. Si bien, como apunta Mayor Fernández, esta diferenciación será compatible siempre que la capacidad de obrar sea entendida como la capacidad natural, es decir, como la capacidad de entender y de querer que resulta claramente perjudicada por determinados grados de discapacidad.

Como consecuencia de esta innegable afectación a la capacidad natural de las personas discapacitadas, y fundamentalmente, por los posibles resultados perjudiciales que se pueden derivar de situar a estos sujetos ante situaciones potencialmente lesivas para sus intereses, considero que se puede seguir manteniendo vigente esta distinción que tanto peso tiene en las instituciones de nuestro sistema civil de protección de las personas con discapacidad. Todo ello, sin perjuicio de practicar los cambios que se estimen necesarios en otros aspectos de la regulación para ajustarla a las previsiones de la CDPD.

³⁷ Seoane Rodríguez, J.A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 42, n. 237, 2011, p. 28.

³⁸ González-Serrano Cazorla, M^a. I., *op. cit.*, p.118.

2.3.3. Interpretación jurisprudencial

Las cuestiones planteadas anteriormente en relación con el artículo 12 de la CDPD y con la legislación española, han sido tratadas por nuestros tribunales. Conviene destacar fundamentalmente el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de abril de 2009 sobre la conformidad de nuestro sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad. Se trata de una resolución judicial de vital importancia puesto que el Tribunal declara la compatibilidad del procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar y de las instituciones tutelares previstas en el CC con los principios establecidos en la CDPD, convirtiéndose así en un importante respaldo para nuestro sistema jurídico civil, a la par que generando más problemas a la doctrina científica para encajar este pensamiento con la interpretación del controvertido artículo 12³⁹.

El Ministerio Fiscal interpone un escrito en el recurso de casación que resuelve la STS de 29 de abril de 2009 en el que expresa la incompatibilidad del sistema de sustitución en la toma de decisiones a la luz de la CDPD. No obstante, el Tribunal Supremo no aceptó los argumentos aportados por el Ministerio Fiscal y estableció la conformidad del sistema civil de protección con la Constitución y con la CDPD.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal Supremo se basó en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, dónde manifestó que como consecuencia del respeto a los principios de la dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad, únicamente se puede restringir la capacidad de obrar de los individuos mediante resolución judicial en la que se acredite el cumplimiento de las causas del artículo 199 CC y mediante el cumplimiento estricto de los trámites previstos en el actual artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC)⁴⁰, tendentes a erigirse en garantías del procedimiento. Con las siguientes palabras expresaba esta idea el Tribunal Constitucional en su FJ 5º:

“En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo

³⁹ Como veremos en el apartado 2.4.4 de este trabajo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realiza una interpretación del artículo 12 CDPD en la Observación General N° 1 que resulta manifiestamente incompatible con sistemas de protección basados en procedimientos que restrinjan la capacidad de obrar y que sustituyan la voluntad de las personas con discapacidad.

⁴⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).

199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 Ley Civil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 CC), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. 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”⁴¹.

Expuesto el razonamiento del Tribunal Constitucional, podemos extraer que el fundamento del mantenimiento de la institución de la modificación de la capacidad de obrar reside en su establecimiento como el medio que mejor garantiza la protección de determinados sujetos – tras una previa constatación minuciosa de las causas que originan la necesidad de la declaración –.

Finalmente, el Tribunal Supremo sentó en el FJ 7º que “sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente”⁴², para a continuación efectuar una precisión. Debe interpretarse del contenido de los artículos 200 y 760 LEC que las personas discapacitadas continúan siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la institución de la incapacitación se constituye como una medida de protección no discriminatoria que atiende únicamente a razones de necesidad derivadas de la imposibilidad de gobierno sobre uno mismo.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/2002, de 9 de octubre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 2002\174]. Fecha de la última consulta: 16 de abril de 2020.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 abril [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2009\2901]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2020.

2.3.4. *Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

Ante el “*malentendido general*”⁴³ en los Estados Partes sobre el alcance exacto de las obligaciones que se derivan del artículo 12 de la CDPD, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) vio necesario elaborar en el año 2014 la Observación General N°1 (en adelante la Observación) con el propósito de esclarecer el contenido normativo del mencionado precepto y analizar las exigencias que dimanaban de él para los Estados.

El Comité comienza el análisis señalando que el artículo 12 de la CDPD no reconoce derechos adicionales a las personas con discapacidad, sino que únicamente determina las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar el derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad – habida cuenta de la histórica discriminación que han sufrido por la restricción de su capacidad jurídica –.

Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, no se permite que ninguna persona se vea privada del derecho al igual reconocimiento ante la ley. Ello implica que, como la capacidad jurídica es inherente a todas las personas en razón de su condición humana, los Estados deben asegurarse de que sus legislaciones no contengan disposiciones discriminatorias sobre la capacidad jurídica en relación con las personas con discapacidad. De este modo, todas las regulaciones que nieguen o limiten la capacidad jurídica – a través de normativas basadas en sistemas que sustituyan la voluntad de las personas con discapacidad – deben ser eliminadas, puesto que de lo contrario se les estaría tratando de modo distinto al de las demás y, por ende, se estaría vulnerando el principio de igualdad ante la ley.

La Observación efectúa una precisión importante en el párrafo 12 (en adelante párr.), puesto que determina que el concepto de capacidad jurídica engloba tanto “*la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho*”, es decir, que el mismo término incluye lo que en el Derecho civil español se ha calificado como capacidad jurídica y capacidad de obrar. Este último componente, que otorga a los individuos

⁴³ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad utiliza esta expresión en el párrafo tercero de la Observación General N° 1.

legitimación para actuar con respecto a sus derechos, es el elemento que tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad.

No obstante, el Comité sí que efectúa una distinción entre capacidad jurídica y capacidad mental, definiendo a la primera como “la *capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)*” y a la segunda como “la *aptitud de una persona para adoptar decisiones*” (párr.13). Asimismo, afirma que al contrario de lo que ocurre con la capacidad jurídica – que es igual para todas las personas –, la capacidad mental sí es diferente para las personas y varía en función de los factores sociales y ambientales. Si bien, la Observación deja claro que la capacidad mental no es motivo que justifique la denegación de la capacidad jurídica. Por tanto, en virtud del artículo 12, se prohíbe negar la capacidad jurídica de las personas atendiendo a las diferencias mentales existentes entre las personas.

Según lo dispuesto en el párr. 16 de la Observación, en los casos en los que la desigual capacidad mental de las personas dificulte la toma de las decisiones, se adoptarán las medidas oportunas dirigidas a proporcionar el apoyo que las personas necesiten para poder ejercer plenamente la capacidad jurídica. Pero, en ningún caso, esas diferencias pueden constituir razones que motiven la privación de la capacidad jurídica, como hacen muchos de los sistemas de sustitución de la voluntad contenidos en las legislaciones. De este modo, partiendo de que la capacidad jurídica es la misma para todas las personas, el ejercicio de la misma sí que puede variar como consecuencia de los distintos instrumentos de apoyo que tengan que pueden constituirse según las necesidades específicas de cada persona.

Desde esta óptica, la interpretación que realiza del artículo 12 CDPD el Comité, impone dos obligaciones a los Estados Partes (párr. 50). Por un lado, suprimir los regímenes normativos que prevean mecanismos sustitutivos de la voluntad, pues tales instrumentos de protección que niegan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad violan el derecho civil y político de gozar de igual reconocimiento como persona ante la ley. Por otro lado, implantar un sistema que proporcione a las personas con discapacidad un amplio abanico de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como adoptar las salvaguardas necesarias que garanticen el respeto a sus derechos, a su voluntad y a sus preferencias.

2.4. Ajustes normativos de la legislación española a la luz de la Convención

Las principales consecuencias que se derivan de la ratificación de la CDPD por el Estado español son dos: su incorporación al ordenamiento jurídico y su establecimiento como criterio interpretativo de los derechos y libertades reconocidos en la CE.

Por un lado, si acudimos al contenido del artículo 96.1 CE, se establece que *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”*. Asimismo, el artículo 1.5 CC viene a reforzar esta estipulación al afirmar que *“las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”*. Consecuentemente, del texto de los citados preceptos se extrae la conclusión de que la CDPD, desde el momento en que se publicó oficialmente, se convirtió en *“normativa directamente aplicable e invocable en España”*⁴⁴.

Por otro lado, es necesario hacer referencia al contenido del artículo 10.2 CE, el cual establece que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Este precepto supone entender que los textos internacionales sobre derechos humanos que constituyan Derecho positivo por haberse publicado oficialmente en España, se convierten en parámetros interpretativos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por nuestra Constitución. De este modo, los derechos fundamentales recogidos en el Título I CE, deben de ser interpretados a la luz del contenido y el alcance de las previsiones establecidas por la CDPD. Si bien, cabe aclarar que el artículo 10. 2 CE no ha de entenderse en el sentido de que el contenido de estos textos internacionales pueda convertirse en referencia autónoma a la hora de desarrollar y entender el significado y alcance de los derechos fundamentales.

Esta doctrina ha sido sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 64/1991, de 22 de marzo al afirmar lo siguiente: *“La interpretación a que alude el*

⁴⁴ Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2006-2016: 10 años de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Balance de su aplicación en España, 2016, p.26 (disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/09/88_2006-2016.pdf; última consulta 15/04/2020).

citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales” (FJ 4º)⁴⁵.

Asimismo, hay que señalar que el citado artículo tampoco permite otorgar rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados mientras no hayan sido reconocidos por nuestra Constitución⁴⁶. En este sentido lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, cuando señala que el artículo 10.2 CE *“no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”* (FJ 5º)⁴⁷.

En definitiva, podemos concluir sobre esta cuestión que el artículo 10.2 CE actúa como un criterio hermenéutico que posibilita que, tanto los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución como las obligaciones de los poderes públicos para garantizar su ejercicio pleno por las personas con discapacidad, sean interpretados según el sentido y el alcance sentado en la CDPD⁴⁸.

Como ya se adelantó anteriormente, la incorporación de la CDPD al ordenamiento jurídico español, supuso el inicio de un procedimiento de revisión de nuestra legislación en materia de discapacidad. En este sentido, muchos han sido los cambios y las novedades que se han introducido, destacando principalmente los que se van a exponer a continuación.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1991, de 22 marzo [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 1991\64]. Fecha de la última consulta: 15 de abril de 2020.

⁴⁶ Merino Norverto, M., Sinopsis artículo 10, 2003 (disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>; última consulta 15/04/2020).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991, de 14 febrero [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones Ref. RTC 1991\36]. Fecha de la última consulta: 15 de abril de 2020.

⁴⁸ Martínez-Pujalte, A. L., *op. cit.*, p.39.

En cumplimiento del artículo 33 CDPD sobre la aplicación de la Convención por los Estados partes, es necesario señalar dos aspectos de la organización gubernamental española que se derivan de lo estipulado por el precepto.

Por un lado, como respuesta al apartado primero del citado artículo⁴⁹, se designó al Consejo Nacional de Discapacidad como organismo público responsable del control de la incorporación de la CDPD en España.

Por otro lado, como consecuencia de lo estipulado por el apartado segundo⁵⁰, en el año 2011 fue nombrado oficialmente el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI) como entidad independiente para promover y vigilar la aplicación de la CDPD⁵¹. Como la mayor plataforma de representación del movimiento social de la discapacidad en España, ese reconocimiento oficial queda acentuado por medio del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el cual en su Disposición adicional primera instituye al CERMI como *“mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional”*⁵².

A continuación, es preciso hablar de uno de las novedades más importantes que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Se trata de la promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante LANC)⁵³. Hablamos de un cambio muy significativo, ya que esta Ley supuso la incorporación de un texto normativo específico para alcanzar el objetivo de la

⁴⁹ Art. 33.1 CDPD: *“Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles”*.

⁵⁰ Art. 33.2 CDPD: *“Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos”*.

⁵¹ De Lorenzo García, R., *“La Convención, un...”*, *op. cit.*, p. 19.

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 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 (BOE 2 de agosto de 2011).

adaptación a la CDPD, convirtiéndose así en una de las primeras leyes aprobadas por un Estado firmante con motivo del texto internacional.

La promulgación de la LANC encuentra su fundamento en la exigencia del primer apartado del artículo 4 de la CDPD, el cual hace referencia a las obligaciones impuestas a los Estados signatarios consistentes en “*adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención*”. De este modo, el Estado español estaría cumpliendo con los deberes asumidos al celebrar la CDPD, y que calificamos como *obligaciones de ejecución* en el apartado 3.2 de este trabajo. Para conseguir el objetivo de ajustar la regulación jurídica existente en materia de discapacidad a las previsiones de la CDPD, la LANC prevé en su articulado la modificación de numerosas normas jurídicas⁵⁴.

En último lugar, es necesario destacar otra norma imprescindible para el proceso de revisión transversal del ordenamiento jurídico español. Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ya mencionada LGDPD. Este texto normativo es el producto de un trabajo de refundición en el que se lleva a cabo la regularización, aclaración y armonización de las siguientes normas jurídicas:

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (habitualmente denominada LISMI).

⁵⁴ La LANC modifica los siguientes textos normativos: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil; Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (habitualmente denominada LIONDAU).
- 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.

Tal y como señala el preámbulo de la LGDPD, su promulgación responde a la previsión de la disposición final segunda de la LANC, la cual fue modificada por la disposición final quinta de Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios⁵⁵. De este modo, tras los cambios realizados por la Ley 12/2012, la disposición final segunda de la LANC quedó redactada de la siguiente manera: *“El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, 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 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”*.

Finalmente, es preciso estipular que la LGDPD no sólo constituye una recopilación de normas, sino que supone un avance importante ya que se trata de la unificación de la regulación normativa vigente en la materia y de la redacción de un texto normativo más respetuoso con los principios establecidos en la CDPD⁵⁶.

⁵⁵ Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (BOE de 27 de diciembre de 2012).

⁵⁶ De Lorenzo García, R. y Palacios, A., “La Convención Internacional sobre...”, *op. cit.*, p.44.

3. SISTEMA JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. Capacidad modificada judicialmente

3.1.1. Nueva terminología

Como ya adelantamos, debido al proceso de revisión legal al que actualmente se encuentra sometido el régimen jurídico civil, se han introducido algunas modificaciones, siendo una de ellas la relativa a la terminología utilizada para la denominación del tradicional procedimiento de incapacitación. Así, con el objeto de adaptar el lenguaje al nuevo enfoque de la CDPD, la Ley 1/2009, de 25 de marzo⁵⁷, establece en la Disposición final primera rubricada como *Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar* lo siguiente:

“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

Con esta reforma legal, se apuesta por sustituir el término utilizado en nuestra legislación de *incapacitación* por el de *modificación de la capacidad de obrar*. Sin embargo, siguiendo el pensamiento de Mayor Fernández, consideramos que esta terminología resulta incompatible con la CDPD⁵⁸. De acuerdo con los principios que en ella se establecen, la institución no puede consistir en un procedimiento judicial basado en la modificación de la capacidad de obrar del sujeto. Según la interpretación que hemos realizado del artículo 12 en relación con el procedimiento de incapacitación, la sentencia judicial no tiene que modificar la capacidad, sino que debe dirigirse a acreditar la existencia de una discapacidad que limita la capacidad de obrar de la

⁵⁷ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el 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 26 de marzo de 2009).

⁵⁸ Mayor Fernández, D., *op. cit.*, p. 9.

persona, de forma que el papel del juez consista en delimitar ésta – determinando las facultades que el interesado puede o no puede ejercer por sí sólo – y en constituir el mecanismo de protección tutelar y de apoyo que mejor se adecúe a sus circunstancias personales⁵⁹.

Consecuentemente, en consonancia con el autor citado anteriormente, creemos que se ajustaría mejor tanto a la interpretación mantenida sobre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, como al texto de la CDPD, la denominación del procedimiento de incapacitación como *delimitación de la capacidad de obrar*⁶⁰. Si bien, como ya se está empleando la expresión de *capacidad modificada judicialmente* en las últimas reformas, ésta será la terminología que adoptaremos en esta investigación.

3.1.2. Causas de la modificación judicial de la capacidad y contenido de la sentencia judicial

El procedimiento de modificación judicial de la capacidad está regulado por un lado, en el Libro I del título IX del Código Civil y, por otro, en el Libro IV del título I de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el estudio de esta institución, debemos de partir de la presunción general de capacidad de las personas. De este modo, como señala el artículo 199 del Código Civil, en tanto no recaiga sentencia judicial firme que declare la capacidad modificada, no se puede destruir esa presunción. Una vez se haya dictado resolución judicial en la que se pongan de manifiesto las causas que dan lugar a dicha declaración, la capacidad modificada judicialmente determinará el estado civil del sujeto y, por ende, el régimen jurídico aplicable⁶¹.

Como ya sabemos, las causas de modificación de la capacidad están estipuladas en el artículo 200 CC. Si bien, este precepto se caracteriza por su ambigüedad, dado que no establece un *numerus clausus* de motivos que justifican la declaración. Por esta razón, es necesario que distingamos los dos elementos que constituyen el concepto.

⁵⁹ Mayor Fernández, D., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ De Salas Murillo, S., “Comentario al art. 199 del Código Civil”, Editorial Civitas, vol. 1, 2016 (disponible en http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?infotype=biblos&marginal=BIB\2011\1755&family_guid=BIB\2011\1755&brand-id=wlesp&src=docundefined&endChunk=2&startChunk=1&stid=marginal&nstid=marginal; última consulta 16/04/2020).

En primer lugar, la persistencia de una enfermedad o de una deficiencia psíquica o física. Pero, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de septiembre de 2009 en el FJ 5^o⁶², no se exige el padecimiento de forma permanente, sino por un intervalo de tiempo lo suficientemente extenso como para que esté fundamentada la adopción de la decisión.

En segundo lugar, la imposibilidad de gobernarse a sí mismo. En este punto se hace referencia a la reducción de la capacidad natural del sujeto que, como señala Berrocal Lanzarot, puede analizarse desde tres ámbitos diferentes⁶³:

- 1) Patrimonial: capacidad para tener independencia en el plano económico.
- 2) Adaptativo e interpersonal: capacidad para actuar en la rutina diaria de acuerdo a lo esperado para la madurez del sujeto y para las circunstancias socioculturales.
- 3) Personal: suficiencia para satisfacer de forma autónoma las necesidades más básicas.

El objetivo de la modificación judicial de la capacidad lo ubicamos, por un lado, en la delimitación de la capacidad de obrar del individuo para la protección de sus intereses y, por otro, en la constitución de la institución tutelar pertinente: tutela, curatela, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, guarda de hecho y defensor judicial.

Habida cuenta de que la delimitación de la capacidad de obrar es graduable en función de la intensidad con la que la discapacidad afecte a la capacidad natural, el juez deberá de analizar las circunstancias específicas de cada caso y buscar la proporcionalidad entre el pronunciamiento que dicte y el grado de discernimiento del sujeto. En la Sentencia de 1 de julio de 2014, el Tribunal Supremo expresa esta idea y exige que las sentencias judiciales que modifiquen la capacidad de obrar sean flexibles, de forma que en ellas se gradúe la capacidad de obrar de las personas con discapacidad de acuerdo a la específica necesidad de protección que precisen. El FJ 6^o señala en referencia al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar que:

“Debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 499/2009, de 22 septiembre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. JUR 2010\95318]. Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2020.

⁶³ Berrocal Lanzarot, A. I., “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 2, 2014, p. 2.

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 personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona”⁶⁴.

Desde esta óptica, en los supuestos en los que la capacidad natural no se haya visto afectada por completo por la discapacidad, el órgano judicial determinará que se dispense a la persona discapacitada la protección de la curatela para asistirle en la ejecución de los actos jurídicos que hayan sido determinados en la resolución. Mientras que, en las situaciones donde la enfermedad o deficiencia incida gravemente en la capacidad volitiva e intelectual del discapacitado, la autoridad judicial establecerá su sometimiento a un instrumento de protección de sustitución de la capacidad de obrar, esto es, tutela y patria potestad prorrogada o, en su caso, rehabilitada.

Según quede probado en el procedimiento judicial la medida en que la capacidad natural del individuo está afectada por la incidencia de la discapacidad, nos encontramos con dos clases de pronunciamientos.

Por un lado, las resoluciones judiciales que declaren la situación de capacidad modificada totalmente y, como resultado de ello, nombren a un tutor o a los padres – titulares en su caso de las citadas patria potestad prorrogada o rehabilitada – que representen a la persona discapacitada y actúen como medio de sustitución de la capacidad de obrar de aquél – de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 760.2 LEC en

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 julio [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2014\4518]. Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2020.

relación con la solicitud de la persona o personas que vayan a asumir la representación de la persona discapacitada –. Por otro lado, las sentencias judiciales que determinen la capacidad modificada parcialmente del individuo e instituyan a la persona pertinente para que le asista en la realización de los actos jurídicos explícitamente señalados – en conformidad nuevamente con lo establecido por el artículo 760.2 LEC –.

Sin embargo, con la introducción por el artículo 12 de la CDPD del modelo social de discapacidad, es necesario analizar de qué manera ha incidido este nuevo enfoque en las instituciones tutelares previstas en nuestro ordenamiento – siendo especialmente debatido la protección dispensada por la tutela – y la posición que han adoptado nuestros tribunales para lograr la adaptación de nuestro sistema a las previsiones de la CDPD⁶⁵.

Finalmente, es preciso que abordemos una cuestión que ha sido recientemente modificada y que anteriormente resultaba controvertida por su posible incompatibilidad con la CDPD. Se trata del derecho de sufragio de quien tiene la capacidad modificada judicialmente, sobre el que debía de pronunciarse expresamente el órgano judicial en la sentencia de modificación de la capacidad según la previsión del artículo 3 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG). Así, dicho precepto señalaba que *“los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio”*⁶⁶. De este modo, el sistema electoral español restringía el derecho de sufragio en aquellos supuestos en los que la resolución judicial declarase la ausencia de capacidad de la persona discapacitadas para su ejercicio. Asimismo, con respecto a esta materia el artículo 29 de la CDPD imponía a los Estados firmantes la obligación de garantizar *“a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás”*.

Por todo lo anterior, la regulación del derecho de sufragio entraba en colisión con el principio de igualdad garantizado en la Constitución española, a la par que resultaba notoriamente incompatible con la previsión de la CDPD.

⁶⁵ Cuestión que será objeto de estudio en el apartado 4.3 del trabajo.

⁶⁶ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 20 de junio de 1985).

Como consecuencia del examen al que fue sometido España en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 35 y 36 de la CDPD, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas aprobó el 23 de septiembre de 2011 una recomendación para que España emprendiese una revisión normativa respecto del derecho de participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad. Por tanto, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, mediante la cual se suprimen los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 LOREG y se redacta el apartado segundo en los siguientes términos:

“Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”⁶⁷.

Como es preceptivo, nuestros tribunales ya están aplicando los cambios que se han introducido en la materia. A título ejemplificativo, podemos destacar la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de marzo de 2019, en la que órgano judicial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por D^a Beatriz con motivo de la modificación total de la capacidad de Luis María y la imposición de la restricción de ejercer el derecho de voto. El órgano judicial se expresa en el FJ 3º en los siguientes términos:

“Como bien afirmó la parte recurrente en el acto de la vista, la LO 2/18, de 5 de diciembre, modificó el art. 3 de la LOREG a fin de garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, suprimiendo los apartados b) y c) del punto 1, relativos a los declarados incapaces e internados en un hospital psiquiátrico, y dando nueva redacción al punto 2, que establece ahora lo siguiente: “Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”⁶⁸.

⁶⁷ Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE 6 de diciembre de 2008).

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2019, de 18 marzo [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. JUR 2019\125968]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2020.

3.2. Instituciones tutelares

Uno de los cambios más importantes que propugna la CDPD, es la adopción del modelo social de discapacidad, sustituyendo así al modelo médico o rehabilitador. Este último estaba basado en una visión de la persona discapacitada como enfermo, necesitada de una asistencia y una actuación pública dirigida a conseguir su rehabilitación⁶⁹. Sin embargo, el modelo social basado en la igual dignidad de todas las personas, traslada ahora el acento no a la enfermedad o deficiencia que padece un sujeto, sino a los obstáculos presentes en la sociedad que impiden al sujeto ejercer plenamente sus derechos y libertades fundamentales⁷⁰.

El apartado tercero del artículo 12 de la CDPD opta por la adopción de un sistema de apoyos cuando la persona con discapacidad los necesite para el ejercicio de su capacidad de obrar. Si bien, el apartado siguiente exige que esas medidas de asistencia respeten los derechos, la voluntad y las preferencias del sujeto, así como que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias específicas de cada caso. De esta manera, el precepto reclama el establecimiento de un sistema de apoyo flexible e individualizado que se ajuste a las necesidades de cada supuesto.

Como señala el Ministerio Fiscal en el escrito que resuelve la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, *“ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta”*⁷¹. Por tanto, el órgano judicial acordará la adopción de las medidas de apoyo que considere adecuadas según las decisiones que deban de tomarse en el plano personal y patrimonial, pero siempre respetando la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada y los principios de proporcionalidad, necesidad y adaptabilidad a las circunstancias específicas – las salvaguardias del apartado cuarto del art. 12 CDPD –.

Con este nuevo modelo, surgen serias dudas acerca de la compatibilidad del mecanismo de sustitución de la capacidad de obrar que prevé la institución de la tutela, con el sistema de apoyos y de prevalencia de la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada en la toma de decisiones.

⁶⁹ Martínez-Pujalte, A. L., *op. cit.*, p. 18.

⁷⁰ *Ibid.*, p.19.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, *cit.*

En relación con la tutela, hablamos de una situación en la que el declarado con la capacidad modificada judicialmente se verá privado totalmente de ejercer sus derechos por medio de este instrumento, lo que resulta manifiestamente controvertido en relación con los principios sentados en la CDPD. Sin embargo, habida cuenta que hay situaciones en las que en ningún caso el discapacitado podrá ejercer su capacidad de obrar, o en los que resultará imposible conocer su voluntad, el único medio de protección que se podrá proporcionar al sujeto será el de la sustitución de su capacidad. Si bien, es conveniente precisar que este mecanismo de protección deberá de adoptarse únicamente en los casos de ausencia de autogobierno y prevaleciendo siempre el interés del tutelado. Como establece el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de mayo de 2017, la tutela “*es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas*” (FJº 5)⁷².

A pesar de configurarse la tutela como un medio necesario que debe de proporcionarse en los casos en los que se precisa un apoyo más intenso, la institución entra en colisión claramente con los principios que se derivan de la CDPD, así como con la interpretación que realiza la Observación General Nº 1 del artículo 12.

Por el momento, la tutela continúa encontrándose vigente en nuestro ordenamiento, por lo que, hasta que no finalice el proceso de revisión legal al que está sometido nuestro sistema civil⁷³, debe concebirse como un medio de protección que tiene que adoptarse sólo en los casos en los que sea estrictamente necesario y que, además requiere de la adopción de garantías, como un sistema periódico de control para asegurar que se actúe en beneficio del que tiene la capacidad modificada judicialmente⁷⁴.

3.2.1. La curatela como institución protectora más adecuada a la luz de la CDPD

Tras la CDPD, se ha abierto un debate sobre cuál es el medio de protección que mejor puede ejecutar el sistema de apoyos al que hace referencia el artículo 12. Habida

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, de 16 mayo. [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\2207]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2020.

⁷³ Como se verá más adelante, el Anteproyecto de reforma por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad aprobado en 2018, suprime la institución de la tutela en el ámbito de la discapacidad.

⁷⁴ González-Serrano Cazorla, M^a. I., *op.cit.*, p. 118.

cuenta de los supuestos más restringidos a los que debe limitarse la constitución de la tutela – dada la sustitución absoluta de la capacidad de obrar que implica –, en el presente trabajo consideramos que de las instituciones tutelares actualmente vigentes en nuestro ordenamiento, la que mejor respeta los principios de dignidad humana, autonomía de la voluntad del discapacitado, proporcionalidad, necesidad y adecuación, es la curatela. Esta figura de guarda legal no priva a la persona discapacitada del ejercicio de sus derechos – a diferencia de lo que sucede con la tutela –, sino que se fundamenta en el respeto de la capacidad de obrar que ostenta la persona discapacitada para determinados ámbitos, proporcionándole únicamente apoyo para aquellas actuaciones en las que resulte insuficiente su grado de discernimiento – siempre en beneficio del sometido a curatela –.

Sobre esta cuestión, resulta muy útil el pronunciamiento del Tribunal Supremo de la Sentencia de 16 de mayo de 2017 al que nos referimos previamente, donde señala que la curatela es el medio de protección más adecuado para los casos en los que no se precise de un apoyo tan intenso que conduzca inevitablemente a la sustitución de la capacidad de obrar del sujeto – como sucede con la tutela –. Así, la curatela se constituye como la institución a través de la cual se presta asistencia y se complementa la capacidad de la persona con discapacidad. El FJ 5º hace referencia a esta cuestión con las siguientes palabras:

*“La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)”.*⁷⁵

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017, *cit.*

A efectos de comprender en qué consiste esta institución protectora, resulta muy útil la definición que realiza de ella Guilarte Martín-Calero. Según el autor, la curatela se define como “*aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia*”⁷⁶. De este concepto se pueden extraer los elementos principales que configuran este instrumento tutelar.

En primer lugar, se caracteriza por su estabilidad. Ello se debe a que el desempeño de la guarda legal constituye un deber que se prolonga de forma continuada en el tiempo⁷⁷, un deber que además es irrenunciable, salvo que concurran las causas legales establecidas en la ley (art. 217 CC). A su vez, es de carácter intermitente, puesto que el curador sólo prestará su asistencia para aquellos actos específicos determinados en la ley o en la propia sentencia de modificación de la capacidad (art. 289 CC).

En segundo lugar, tiene por objeto la asistencia a aquellas personas que, para la realización de determinados actos, necesitan que su capacidad sea complementada. De este modo, observamos que, a diferencia de lo que ocurre con la tutela, la curatela no se configura como una institución de representación ni de administración, ya que el sujeto que tiene la capacidad modificada judicialmente tiene el suficiente grado de discernimiento para realizar por sí sólo determinados actos, no precisando por tanto estar sometido permanentemente bajo la protección de un guardador legal. Entonces, el motivo que justifica la intervención del curador lo encontramos en la ausencia de una capacidad de obrar completa, que requiere del control y del asentimiento del curador para acciones que están expresamente determinadas por la ley o por la sentencia de modificación de la capacidad.

No obstante, se plantean dudas sobre si el órgano judicial, en aras de dotar de mayor flexibilidad a los medios de protección, puede otorgar cierta representatividad en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar al curador, tal y como prevé el Derecho civil catalán – arts. 223-1 a 223-10 – y el Derecho civil aragonés – art. 150 –⁷⁸.

⁷⁶ Guilarte Martín-Calero, C., citado por “Berrocal Lanzarot, A. I.”, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁷ Artículo 216 CC: “*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”.

⁷⁸ Berrocal Lanzarot, A. I., *op. cit.*, p. 8.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de noviembre de 2017, donde destaca la importancia de dotar de flexibilidad a nuestras instituciones tutelares. Así, en el FJ 6º se expresa en los siguientes términos:

“Es verdad que lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 de su Código) y el aragonés (art. 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio”⁷⁹.

Por último, se configura como una institución que opera fundamentalmente en el ámbito patrimonial. Aunque, si tenemos en cuenta que el curador tiene el deber de actuar en favor de la persona con la capacidad modificada judicialmente y que el órgano judicial determina en la resolución los actos específicos a los que debe reducirse su actuación – puede hacer referencia a actos que no sean únicamente de carácter patrimonial –, podríamos plantearnos que el desempeño de sus funciones también se extendiese al ámbito personal de la persona discapacitada⁸⁰. Si nos atenemos a la previsión de la CDPD de adoptar un sistema de apoyos flexible y que se adecúe a las circunstancias de cada supuesto, parece coherente defender que el curador pueda intervenir con su actuación en la esfera personal de la persona con la capacidad modificada judicialmente. A este respecto, el Tribunal Supremo establece en la Sentencia de 27 de septiembre de 2017 que el desempeño de la curatela no se limita

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 noviembre [Versión electrónica- base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\4760]. Fecha de la última consulta: 22 de marzo de 2020.

⁸⁰ Berrocal Lanzarot, A. I., *op. cit.*, p. 9.

exclusivamente al ámbito patrimonial. En el FJ 3º, se remite nuevamente a la Sentencia de 26 de mayo de 2017, en la que cita lo siguiente:

“La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del art. 287 CC ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona...”⁸¹

En definitiva, la flexibilidad, la asistencia y la complementación a la capacidad de la persona con discapacidad – sin sustitución de su voluntad en la toma de decisiones –, son características que hacen que la curatela se erija como la institución tutelar de nuestro ordenamiento que mejor se adecúa al sistema de apoyos por el que aboga la CDPD, y que mejor respetan la voluntad y preferencias del individuo y las exigencias de proporcionalidad y adaptabilidad a sus circunstancias – principios del artículo 12 de la CDPD –.

A modo de conclusión de este epígrafe, podemos señalar que, a pesar de que la normativa española que regula el procedimiento de modificación judicial de la capacidad y de los sistema tutelares de protección de las personas con discapacidad se ha mantenido vigente tras la ratificación de la CDPD – sin perjuicio de las modificaciones no sustanciales que se han ido introduciendo –, tras la confirmación de la compatibilidad de nuestro sistema por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de abril de 2009 y su configuración como un *traje a medida* que se ajuste a las

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017, citada por sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2017, de 27 septiembre [Versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\5913]. Fecha de la última consulta: 25 de Marzo de 2020.

circunstancias concretas de cada persona, su jurisprudencia está siguiendo una nueva línea más acorde con los principios que informan la CDPD.

Sin embargo, que nuestro sistema civil resulte compatible, no puede llevarnos a pensar que esté exento de seguir progresando. Por ello, es necesario continuar dando pasos que nos acerquen al modelo social y de no discriminación de las personas discapacitadas que propugna la CDPD y, uno de éstos, puede ser el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que se está tramitando en vía legislativa. Si bien, habrá que analizar en qué medida el texto normativo cumple con las exigencias de la CDPD – en especial con las del artículo 12 –, y si la nueva regulación significa un avance o un retraso en la protección de las personas con discapacidad.

4. ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD PARA SU ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En este apartado se va a proceder a analizar el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (en adelante Anteproyecto) presentado por el Gobierno el 26 de septiembre de 2018⁸². El objetivo de este estudio reside en destacar las principales reformas que acomete el texto normativo⁸³ y en determinar su adecuación a las exigencias y a los retos que plantean la CDPD.

El Anteproyecto plantea una reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley de Jurisdicción voluntaria, de la ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil que, tal y como señala la Exposición de Motivos, “*pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*”. De este modo, observamos que se trata de un acontecimiento fundamental en la labor de adaptación de nuestro ordenamiento a la CDPD y, fundamentalmente, a un principio esencial como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya protección venía siendo ya reclamada por organismos internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o el Parlamento Europeo.

En este sentido, en la Exposición de Motivos se proclama el principio de igualdad de las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica – en consonancia con el artículo 12 de la CDPD – y se hace referencia a la Observación General N° 1, que determina que la capacidad jurídica engloba tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Esta afirmación comporta una transformación del sistema vigente, basado en la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, por un modelo construido sobre el respeto a la autonomía de la voluntad y a sus intereses en la toma de decisiones.

Asimismo, destaca como la Exposición de Motivos pone de relieve, que las dificultades que padecen las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad

⁸² Consejo de Redacción, “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n. 3, 2018, p. 247.

⁸³ Dada la extensión y la profundidad de la reforma, resulta inabarcable acometer un análisis de todas las modificaciones que introduce. Por tanto, en este apartado señalamos aquellos cambios que tienen más incidencia en el objeto del presente trabajo.

jurídica⁸⁴ no proceden solamente de las deficiencias que sufre cada uno, sino que tienen una gran influencia las barreras y los obstáculos existentes en una sociedad no inclusiva. Consecuentemente, el nuevo sistema tiene que conducir a un “*cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad de la sociedad, y especialmente de la de aquellos profesionales del Derecho – jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, notarios, registradores – que han de prestar sus respectivas funciones*”.

La nueva base sobre la que se asienta la reforma es la creación de un sistema que proporcione apoyos a todos los que los necesiten. Un concepto de apoyo que no se define de manera exhaustiva, puesto que comprende “*todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o, incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada*”⁸⁵. En esta nueva configuración, se va a otorgar un papel esencial a la curatela, constituyéndose como la principal institución de apoyo judicial a las personas discapacitadas y con un carácter eminentemente asistencial – como se analizará posteriormente sólo en casos muy excepcionales se podrán otorgar funciones representativas –.

4.1. Reforma del Código Civil

Una de las modificaciones de mayor importancia que realiza el Anteproyecto es la incorporación del sistema de apoyos en los Títulos XI y XII del Código Civil, lo que lleva aparejado una reorganización y una serie de cambios en el texto normativo:

- El Título IX pasa a hacer referencia a la tutela y a la guarda de los menores.
- El Título X se destina a la mayoría de edad y a la emancipación.
- El Título XI se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*”.

Centrándonos en el Título XI, pues a efectos de la materia que tratamos en el presente trabajo es el que más nos interesa, destaca como la nueva regulación suprime la tutela para los mayores de edad – que se destina exclusivamente a la protección de los menores de edad no emancipados en situación de desamparo o no sometidos a la patria

⁸⁴ Cuenca Gómez, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía de derecho*, n. 38, 2019, p. 92.

⁸⁵ Exposición de Motivos Anteproyecto.

potestad –, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y, principalmente, la modificación de la capacidad de obrar – tradicional institución de incapacitación –. Por tanto, vemos como desaparecen del ámbito de la discapacidad instituciones con mucho peso en nuestro ordenamiento, como la modificación de la capacidad de obrar y la tutela. Todo ello, con el propósito de eliminar las figuras jurídicas que restringen la capacidad de obrar del individuo y sustituyen su voluntad, para adoptar un sistema que sea más respetuoso con la toma de decisiones y con los intereses de la persona discapacitada, adecuándose así a las previsiones del artículo 12 de la CDPD y a la interpretación efectuada por la Observación General N° 1.

Asimismo, hay que subrayar que el Anteproyecto otorga a las medidas preventivas – aquellas que prevé el interesado ante la posibilidad de la necesidad de apoyos en el futuro – absoluta prioridad sobre los medios de protección que se puedan dispensar externamente cuando ya se haya acreditado la necesidad de apoyo, esto es, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

El Título XI comienza con el artículo 248 del Anteproyecto, el cual establece que las medidas de apoyo están dirigidas a las personas que las requieren para el ejercicio de su capacidad jurídica⁸⁶. De la lectura del precepto, se extrae que utiliza un concepto muy amplio de destinatarios de estas medidas, llamando la atención así la ausencia de una mayor precisión en la determinación de los sujetos a los que se va a aplicar el sistema. En este sentido, la Exposición de Motivos señala que *“la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo necesite”*. De este modo, observamos en estas previsiones que el legislador no especifica cuáles son las causas que determinan la adopción de los apoyos, lo que consideramos inadecuado en este trabajo por la incertidumbre e inseguridad jurídica que puede crear a la hora de la aplicación de la nueva normativa, habida cuenta de la gran variedad de situaciones distintas que puede abarcar el hecho de necesitar un apoyo.

En consecuencia, estimamos más oportuno establecer una previsión que estipule de algún modo más preciso que los beneficiarios del sistema de apoyo son los sujetos que

⁸⁶ Conviene tener presente que el Anteproyecto opta por englobar en el mismo término de capacidad, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar. Por tanto, en este aspecto recurre a la interpretación efectuada por la Observación General N° 1 del artículo 12 de la CDPD, estableciendo que la capacidad jurídica que se reconoce en igualdad de condiciones abarca ambos tipos de capacidad.

padecen cualquier tipo de deficiencia – o alteración – psíquica o física, que imposibilite un ejercicio pleno de la capacidad jurídica⁸⁷.

A continuación, el artículo 249 (Anteproyecto) explica de forma genérica las tres instituciones de apoyo: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.

Con el propósito de conseguir un entendimiento adecuado del sistema, quizás hubiese sido más sencillo para el lector haber efectuado en el precepto una distinción entre las medidas de apoyo que requieren una investidura judicial – curatela y defensor judicial – y las medidas de apoyo naturales o de hecho, esto es, las situaciones en las que la atención a la persona discapacitada es proporcionada por un guardador de hecho – que habitualmente suele ser un familiar –⁸⁸.

Comenzando por la guarda de hecho, ésta es reforzada por el legislador con el objetivo de evitar una intervención judicial intensa en la situación de la persona discapacitada – habida cuenta de que una persona no desea estar envuelta en procedimientos judiciales –de forma que se dispensa este mecanismo de asistencia cuando una persona proporciona apoyo a otra con discapacidad, sin que concurren medidas voluntarias o judiciales (art. 249 párr. 2º Anteproyecto).

El problema que puede plantear esta institución es que, si con la reforma se busca otorgarle más protagonismo, resulta entonces necesario adoptar las salvaguardas pertinentes que permitan un mayor control del ejercicio de la guarda de hecho. Aunque en la mayoría de los casos el apoyo sea dispensado por un familiar, debemos de partir de la realidad de que asistir a una persona discapacitada requiere un gran esfuerzo, por lo que en muchas situaciones nos podremos encontrar con sujetos que no proporcionen la atención que es requerida o no lo hagan con la mejor voluntad. Por tanto, teniendo en cuenta los inconvenientes que pueden surgir, consideramos que se protegerían mejor los intereses de la persona discapacitada si se estipulase el deber de comunicar al órgano judicial la existencia de una situación de guarda de hecho⁸⁹.

En cuanto al defensor judicial, la regulación de esta figura no plantea muchas cuestiones. Así, este instrumento se adoptará cuando se necesite apoyo de forma

⁸⁷ Magariños Blanco, V., “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”. *Revista de Derecho civil*, vol. 5, n. 3, 2018, p. 202.

⁸⁸ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 95

⁸⁹ Magariños Blanco, V., *op. cit.*, p. 214.

ocasional y no esté ya dispensado por otra medida voluntaria o fáctica, cuando se produzca un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que le preste el apoyo, o cuando concurra una causa en esta última que le imposibilite ejercer su función (art. 293 Anteproyecto).

Por último, en lo que respecta a la curatela, ésta se constituye como la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas discapacitadas que precisen de un “*apoyo de modo continuado*”. Se trata así de una institución que se caracteriza por dispensar un apoyo constante, por ser graduable y revisable⁹⁰ y, por ajustarse a las necesidades concretas de la persona discapacitada, puesto que el órgano judicial, en su constitución, determinará expresamente los actos para los que se requiere la intervención del curador en función de las circunstancias del caso específico.

Asimismo, en la Exposición de Motivos se señala que se conforma como una figura eminentemente asistencial, haciendo hincapié en que en el nuevo sistema se rechazan las instituciones representativas. Sin embargo, de forma excepcional, se pueden atribuir funciones de representación al curador para los supuestos más graves, en los que resulte prácticamente imposible conocer la voluntad de la persona sometida a la curatela – después de haber puesto todos los medios necesarios para poder conocerla –. A pesar del carácter extraordinario proclamado por la Exposición de Motivos y por el artículo 267 (Anteproyecto) de las competencias representativas del curador, el Anteproyecto dedica a estas facultades aparentemente excepcionales los artículos 283 y ss., llegando incluso a referirse expresamente en el artículo 287 a él como “*curador representativo*”. De la lectura del texto del Anteproyecto, podría interpretarse que se realiza una verdadera diferenciación de clases de curatela, acercándose mucho las facultades del curador representativo a las funciones de alcance general que ostenta el tutor –funciones sustitutivas de la voluntad que se pretendían eliminar con la elaboración de esta reforma⁹¹.

A este respecto, podríamos plantearnos si esta previsión entra en conflicto con las previsiones de la CDPD, donde queda patente que se rechaza cualquier manifestación

⁹⁰ Art. 266 Anteproyecto: “*Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años*”.

⁹¹ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 97.

del modelo de sustitución. Para atender esta cuestión, debemos de remitirnos nuevamente a los comentarios realizados en la Observación General N° 1. En ella se muestra que en las ocasiones donde la discapacidad incida de tal forma que impida conocer la voluntad de la persona discapacitada, se podrán ejercer facultades puntuales de representación acordes con el nuevo enfoque del modelo de apoyo, esto es, después de haber emprendido las medidas suficientes para poder acceder a las preferencias de la persona y actuando siempre en su interés. Por tanto, podemos concluir que surgen serias dudas en torno a la compatibilidad de esta nueva regulación con facultades representativas y los principios sentados por la CDPD, que sólo podrán ser superadas si en la práctica realmente esta figura opera exclusivamente dentro del ámbito de la excepcionalidad cuando resulte estrictamente necesario para garantizar una adecuada protección de las persona con discapacidad.

Como señala Martínez Calvo, la nueva configuración que el Anteproyecto efectúa de la curatela se asemeja bastante a otras instituciones tutelares presentes en el panorama internacional, como la llamada “*amministrazione di sostegno*” o “*administración de apoyo*” italiana, introducida en el *Codice Civile* – arts. 404 a 413 – por la Ley n° 6 de 9 de enero de 2004. Según el artículo 404 del *Codice Civile*, se constituye como instrumento de apoyo para las personas que «*por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de atender sus propios intereses*».

Esta figura prevé un sistema de representación y de asistencia para todos aquellos actos que no pueden realizar los beneficiarios del apoyo por sí mismos, respetándose la capacidad de obrar del sujeto para el resto de acciones⁹². Se trata así de una institución cuyo objetivo es ajustarse a las necesidades de la persona que precisa de apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar y que, al igual que la curatela prevista por el Anteproyecto, se caracteriza por su flexibilidad – con facultades de asistencia y de representación – y por el respeto de la voluntad y del interés de la persona con discapacidad en la toma de decisiones.

Terminando con este estudio del Anteproyecto, es necesario realizar un análisis de las medidas preventivas que, como ya adelantamos, son aquellas que adopta el

⁹² Martínez Calvo, J., “La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2019, p. 3.

interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo y a las que el legislador otorga una prioridad absoluta en esta nueva regulación.

Por un lado, encontramos los poderes y mandatos preventivos, que debemos de agrupar a su vez en poderes normales con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad y poderes otorgados exclusivamente para el supuesto en que surja ésta⁹³.

En relación con los primeros, el artículo 254 (Anteproyecto) establece que, *“el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad”*. Con anterioridad a que aparezca la necesidad de apoyo, hablamos de un poder normal otorgado a un apoderado que se encuentra legitimado para actuar en nombre del poderdante. Sin embargo, una vez que se manifiesta la necesidad – cuando tengan lugar las causas que ha establecido el poderdante -, como señala Magariños Blanco, *“aflora y se hace relevante el mandato, administración o gestión de apoyo, que subyace y se hace necesario para la plena efectividad de la medida voluntaria de apoyo que se pretende”*⁹⁴. Para garantizar la eficacia y el control de esta medida de apoyo, el artículo 256 (Anteproyecto) determina que el poderdante puede prever las medidas de control que estime oportunas, así como causas específicas que pueden motivar la extinción del mandato.

En cuanto a los segundos, el artículo 255 (Anteproyecto) determina que *“el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. A diferencia del supuesto que prevé el artículo 254 (Anteproyecto), en este caso el poder surge con la aparición de la necesidad del apoyo, no con anterioridad. Seguidamente, el artículo 255 (Anteproyecto) establece que el comienzo de esta situación de necesidad debe de ser acreditado conforme a las previsiones que determine el poderdante. Sin embargo, podemos preguntarnos qué sucede cuando el otorgante no ha estipulado tales previsiones. La respuesta más coherente parece que debe ser que se exija la acreditación del hecho de la necesidad de apoyo al órgano judicial para que pueda ejercer el control pertinente. Como determina el Consejo del Poder Judicial en el párr. 113 del informe que realiza*

⁹³ Magariños Blanco, V., *op. cit.*, p. 206.

⁹⁴ *Id.*

sobre el Anteproyecto⁹⁵, “*el establecimiento de medidas preventivas no eximirá en la mayoría de los casos de la valoración judicial de su adecuación y suficiencia, así como de la adopción de otras medidas supletorias o complementarias cuando las establecidas por el afectado sean insuficientes*”.

Por otro lado, en el Anteproyecto también se ha querido otorgar especial importancia a la autotutela. De nuevo, en previsión de encontrarse en una situación en la que se precisen de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, el artículo 269 (Anteproyecto) establece la posibilidad de que la persona interesada pueda realizar una propuesta de nombramiento o de exclusión de la persona que va a desempeñar el cargo de curador, así como de poder realizar previsiones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela. Dicha propuesta vinculará a la autoridad judicial a la hora de proceder al nombramiento del curador, salvo que por medio de resolución judicial motivada justifique que existen circunstancias graves en relación con la persona propuesta que el que hizo uso de esta posibilidad desconocía (art. 270 Anteproyecto).

Con todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que sin duda el Anteproyecto supone un gran cambio para nuestro sistema civil en materia de discapacidad. Se trata de un paso enorme que da nuestro ordenamiento jurídico en un intento de cumplir con las exigencias de la CDPD y adaptar nuestra regulación a los principios que propugna. Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial en el párr. 105 del informe mencionado anteriormente, establece que la desaparición del “*sistema de tutela de la autoridad*”⁹⁶ por la configuración de un sistema que gira en torno a la “*autorregulación de la discapacidad*”⁹⁷, puede suponer que al dejar ciertos supuestos fuera del control de los órganos judiciales, se generen situaciones que no sean compatibles con el derecho que ostenta la persona discapacitada a la tutela judicial efectiva. Por tanto, resulta crucial que se permita la intervención judicial en las medidas de carácter voluntario para poder garantizar que se adopta la medida de apoyo adecuada, así como para asegurar que se realiza un ejercicio correcto apoyo. De lo contrario, se corre el riesgo de no adoptar las salvaguardas necesarias para proteger el derecho

⁹⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en la reunión del día 29 de noviembre de 2018.

⁹⁶ Informe del Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad *cit.*

⁹⁷ Informe del Consejo del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad *cit.*

fundamental a la tutela judicial de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA - La CDPD surgió ante la necesidad de elaborar un texto internacional que protegiese y promoviese de manera específica los derechos de las personas con discapacidad. Como consecuencia del respeto que merece la dignidad de todo ser humano, se exige que se garantice el ejercicio pleno y efectivo de los derechos fundamentales de estos individuos mediante la remoción de los obstáculos que les impiden disfrutarlos en igualdad de condiciones con los demás.

SEGUNDA - Desde la entrada en vigor de la Constitución española, nuestros poderes públicos, en aplicación de sus artículos 49, 9.2 y 14, tienen la obligación de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Este mandato se ve ahora reforzado con la ratificación por España de la CDPD.

TERCERA - El artículo 12 de la CDPD proclama el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Un concepto de capacidad jurídica que, como queda reflejado en la interpretación que realiza la Observación General N°1, engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar.

Además, el precepto introduce un nuevo sistema que cambia los tradicionales mecanismos de sustitución de la voluntad, con el propósito de que las personas con discapacidad no sean privadas del ejercicio de sus derechos. El nuevo modelo está basado en la proporción de los apoyos que necesite la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el respeto a su voluntad y a sus preferencias en la toma de decisiones. Si bien, se impone la obligación a los Estados Partes de que la adopción de estas medidas se adecúen a los principios de proporcionalidad, adaptabilidad y necesidad.

CUARTA - El cambio de terminología de la tradicional institución de la incapacitación, pasando a denominarse *capacidad modificada judicialmente*, resulta incompatible con la exigencia de la CDPD de no restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De esta manera, en la presente investigación hemos defendido - en consonancia con autores como Mayor Fernández - que, sería más coherente con el sistema de protección que se está tratando de adoptar tras la CDPD, referirse a la

institución actualmente vigente como, *delimitación de la capacidad de obrar*. Mediante esta expresión, no se cometería el error de entender que el procedimiento judicial limita la capacidad de obrar del sujeto, sino que, por el contrario, reflejaría que el órgano judicial se adecúa a la capacidad natural del individuo, haciendo constar únicamente la existencia de una discapacidad que afecta a su capacidad de obrar.

QUINTA - La apuesta de la CDPD por abandonar los instrumentos de protección que sustituyan a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, plantea serias dudas acerca de la compatibilidad de instituciones previstas en nuestro ordenamiento, como la modificación judicial de la capacidad de obrar o la tutela. Sin embargo, la línea jurisprudencial seguida por nuestros tribunales refleja una respuesta afirmativa a esta cuestión, confirmando acertadamente – tal y como consideramos en el presente trabajo – el sistema actual vigente y realizando una reinterpretación de él acorde con la CE y con los principios de la CDPD. Así pues, en relación con la capacidad modificada judicialmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en sentencias como la del 29 de abril de 2009, muestra que se trata de una medida de protección que no es privativa de derechos y que resulta adecuada para aquellas personas que no pueden gobernarse a sí mismas. En cuanto a la tutela, queda patente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017, que se constituye como un mecanismo de que debe de proporcionarse cuando la intensidad de la protección que requiere la persona con discapacidad sea tan alta que se constituya como el único instrumento idóneo para garantizar sus intereses.

SEXTA - Como consecuencia de la excepcionalidad de los supuestos a los que debe limitarse la constitución de la tutela y de la flexibilidad de las medidas que reclaman los Tribunales, la curatela se intuye como el instrumento que más puede adaptarse a las necesidades concretas de cada caso – para poder confeccionar así el traje a medida que demandan los órganos judiciales –, y que más respetuoso puede ser con la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones proporcionándole asistencia en los actos en los que su capacidad natural sea insuficiente para realizarlos.

SÉPTIMA - El Anteproyecto de Ley presentado en el año 2018, supone la implementación de un sistema que transforma profundamente el ordenamiento jurídico civil – como en lo relativo al abandono de los mecanismos sustitutivos de la voluntad –, y que es acorde con las exigencias de la CDPD de construir un modelo de apoyos y de

tener como premisa fundamental el respeto en todo momento a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad.

No obstante, a pesar de estas afirmaciones, debemos de esperar a examinar cómo el ambicioso modelo se desarrolla en la práctica para poder decidir si resulta más beneficioso para las personas con discapacidad que la anterior regulación. Los cambios que afronta esta materia son mayúsculos, de manera que, para que resulte verdaderamente efectiva la personalización de los apoyos y la apuesta por el sistema de autorregulación, deviene fundamental una estructura sólida de la organización judicial y de la Administración de Justicia, susceptible de soportar los mayores requerimientos que supone el análisis minucioso de las necesidades de cada individuo.

OCTAVA - Se estaría cometiendo una grave equivocación y una gran imprudencia con respecto a los intereses de las personas con discapacidad, si se piensa que con el Anteproyecto la intervención de los órganos judiciales debe disminuir. Por tanto, la desaparición de las instituciones que sustituyen al sujeto en la toma de decisiones por un modelo en el que se busca proporcionar todos los medios disponibles para poder asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad de obrar y así ser más respetuoso con su voluntad y su dignidad, no puede conducir a pensar que se puede reducir la intervención judicial. De lo contrario, estaríamos poniendo en peligro la efectividad de la protección de los intereses que se busca proporcionar con estas medidas de apoyo.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Legislación

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 20 de junio de 1985).

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE 6 de diciembre de 2008).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre de 2003).

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

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el 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 26 de marzo de 2009).

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

Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (BOE de 27 de diciembre de 2012).

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 3 de diciembre de 2013).

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

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York, 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008).

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1991, de 14 febrero [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones Ref. RTC 1991\36]. Fecha de la última consulta: 15 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1991, de 22 marzo [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 1991\64]. Fecha de la última consulta: 15 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 269/1994, de 3 octubre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 1994\269]. Fecha de última consulta: 5 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/2002, de 9 de octubre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RTC 2002\174]. Fecha de la última consulta: 16 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 abril [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2009\2901]. Fecha de la última consulta: 20 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 julio [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2014\4518]. Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, de 16 mayo. [Versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\2207]. Fecha de última consulta: 16 de marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2017, de 27 septiembre [Versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\5913]. Fecha de la última consulta: 25 de Marzo de 2020.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 noviembre [Versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. RJ 2017\4760]. Fecha de la última consulta: 22 de marzo de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 499/2009, de 22 septiembre [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. JUR 2010\95318]. Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2020.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 109/2019, de 18 marzo [versión electrónica-base de datos Thomson Reuters Aranzadi Instituciones. Ref. JUR 2019\125968]. Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2020.

Obras doctrinales

Berrocal Lanzarot, A. I., “La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 2, 2014, pp. 1-18.

Consejo de Redacción, “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n. 3, 2018, pp. 247-310.

Cuenca Gómez, P., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos electrónicos de filosofía de derecho*, n. 38, 2019, pp. 82-101.

De Fuentes García-Romero de Tejada, C., “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 4, n. 2, 2016, pp. 81-99.

De Lorenzo García, R., “La Convención, un desafío inaplazable”, en Álvarez Ramírez, G. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 10-41.

De Lorenzo García, R., y Palacios, A., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia”, en Miguel Vijandi, B. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia*, Ediciones Cinca, Madrid, 2016, pp. 13-63.

De Montalvo Jääskeläinen, F., y Macías Jara, M. “Teoría general de los derechos y libertades”, en Álvarez Vélez, M. I (coord.), *Lecciones de Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 327-356.

Egea García, C., y Sarabia Sánchez, A., “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, vol. 50, 2001, pp. 15-30.

Gallego Peragón, J.M., “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, *Quincena fiscal*, n. 3, 2011, pp. 15-33.

García Pons, A., “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*, vol. 66, n. 1, 2013, pp. 59-147.

González-Serrano Cazorla, M^a. I., “La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 2, 2014, pp. 115-123.

Magariños Blanco, V., “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”. *Revista de Derecho civil*, vol. 5, n. 3, 2018, pp. 199-225.

Martínez Calvo, J., “La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2019, pp. 1-18.

Martínez-Pujalte, A. L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2016.

Mayor Fernández, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”. *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, año LXV, n. 2133, 2011, pp. 1-37.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M., *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson S.L., Madrid, 2012.

Seoane Rodríguez, J. A., “La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica”, *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 42, n. 237, 2011, pp. 21-32.

Obras científicas accesibles en la red

Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2006-2016: 10 años de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Balance de su aplicación en España, 2016 (disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/09/88_2006-2016.pdf; última consulta: 15/04/2020).

Merino Norverto, M., Sinopsis artículo 10, 2003 (disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2>; última consulta 15/04/2020).

De Salas Murillo, S., Comentario al art. 199 del Código Civil, Editorial Civitas, vol. 1, 2016 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?infotype=biblos&marginal=BIB\2011\1755&familyguid=BIB\2011\1755&brand-id=wlesp&src=docundefined&endChunk=2&startChunk=1&stid=marginal&nstid=marginal>; última consulta 16/04/2020).