



FACULTAD DE DERECHO

**EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA
POR LOS DISCAPACITADOS EN IGUALDAD
DE CONDICIONES**

Autor: Sofía Honrubia Puente
4º E1 – JGP
Área de Derecho Civil

Tutor: José María Ruíz de Huidobro

Madrid
Abril 2020

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene una gran trascendencia a nivel mundial por la regulación tan novedosa que desarrolla en su art. 12 acerca de la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad. Esta redacción tan innovadora implica que muchos ordenamientos, como es el caso del ordenamiento español, se vean obligados no sólo a modificar su régimen vigente, sino a replantearse nuevos modelos de protección de las personas con discapacidad. En este contexto surge la cuestión de cómo regular, desde un punto de vista técnico jurídico, el ejercicio de la capacidad jurídica de los discapacitados en igualdad de condiciones.

Palabras clave: “capacidad jurídica”, “persona con discapacidad”, “capacidad de obrar”, “capacidad natural”, “tutela”, “curatela”.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities is of great importance at the global level because of the very novel regulation it develops in its Article 12 on equality before the law for persons with disabilities. This innovative wording means that many legal systems, such as the Spanish legal system, are obliged not only to modify their current regime, but also to reconsider new models of protection for persons with disabilities. In this context, the question arises of how to regulate, from a technical legal point of view, the exercise of legal capacity by disabled persons under equal conditions.

Keywords: "legal capacity", "person with a disability", "capacity to act", "natural capacity", "guardianship", "conservatorship".

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	Pg.1
II. HISTORIA.....	Pg.1
III. INTRODUCCIÓN A LA CDPD.....	Pg.2
IV. DERECHO ESPAÑOL.....	Pg.3
V. PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD.....	Pg.7
1. MODELO SOCIAL.....	Pg.8
2. MODELO MÉDICO.....	Pg.9
3. MODELO BIO-PSICO-SOCIAL.....	Pg.9
VI. ARTÍCULO 12 CDPD.....	Pg.10
VII. ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL Y EL ART.12 CDPD.....	Pg.16
1. INFORMES.....	Pg.16
2. DOCTRINA.....	Pg.20
3. JURISPRUDENCIA.....	Pg.25
VIII. PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN PARA SOLVENTAR LAS DIFERENCIAS.....	Pg.26
1. ANTEPROYECTO.....	Pg.28
2. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO.....	Pg.31
2.1 La capacidad jurídica.....	Pg.31
2.2 El sistema de apoyos	Pg.32
<i>2.2.1 Sobre la amplitud de la curatela.....</i>	Pg.33
<i>2.2.2 Sobre la autorepresentación.....</i>	Pg.34
<i>2.2.3 Sobre la comunicación de la voluntad de las personas con discapacidad</i>	Pg.35
IX. CONSIDERACIONES PERSONALES.....	Pg.35
X. CONCLUSIONES.....	Pg.36

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

CDPD : Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CE: Constitución Española.

CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

FEAPS: Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nº: Número.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

RAE: Real Academia Española.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo partiendo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad procederemos a examinar el ejercicio de la capacidad jurídica por los propios discapacitados en igualdad de condiciones, con el objetivo de explicar el impacto de la nueva regulación propuesta por el artículo 12 CDPD en nuestro ordenamiento y establecer un análisis que podría dar respuestas a las siguientes preguntas, ¿resulta posible que las personas con discapacidad adopten solas sus propias decisiones? ¿Hasta qué punto resultaría razonable la eliminación de instituciones como la patria potestad y la tutela para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad?

Para ello seguiremos el siguiente plan de exposición. Comenzaremos presentando un breve recorrido histórico que mostrará la continua evolución en la inclusión de los discapacitados en la sociedad. En segundo lugar, desarrollaremos el modelo español presente en relación con las personas con discapacidad. Posteriormente, se expondrá el modelo adoptado por la CDPD en su artículo 12, procediendo a la comparación de ambos y analizando las propuestas de adaptación desarrolladas para paliar las diferencias. Finalmente, abordaré mi punto de vista acerca de la controversia y se establecerá una conclusión. En cuanto a la metodología, consistirá en la exposición y análisis simple y comparativo de informes, legislación, jurisprudencia y doctrina.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A lo largo de la historia, siempre han existido personas con discapacidad. La RAE define al discapacitado como aquella persona que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida. Pues bien, antes de comenzar con la presente monografía, me gustaría realizar un pequeño repaso histórico ilustrando la evolución que ha presentado la vida de las personas con discapacidad y su inclusión en la sociedad, ya que sólo así podremos entender plenamente la importancia del presente trabajo y su por qué.

Comenzando con la sociedad antigua y feudal, en ambas las personas con discapacidad no eran reconocidas como ciudadanos y mucho menos eran consideradas sujetos con derechos¹. Se podría decir que su vida no tenía valor alguno, lo cual conllevaba su abandono, muerte, encerramiento o exhibición como método de entretenimiento. A pesar de esto, los discapacitados eran responsabilidad del Estado, el cual los consideraba desvalidos o incapaces de cuidar de si mismos, siendo sometidos a la tutela de otras personas. Continuando, con el establecimiento del capitalismo surgió el término de discapacidad, ligado estrechamente al concepto de incapacidad. Seguidamente, con el paradigma de la rehabilitación surgieron las políticas públicas tendientes a poner los tratamientos médicos y medios técnicos al servicio de las personas con discapacidad².

Finalmente, en la segunda mitad del siglo XX gracias a los movimientos sociales de las personas con discapacidad y de sus familias, surgen las primeras organizaciones destinadas a luchar por la plena normalización de este colectivo en la sociedad³. A modo de ejemplo, en España surgieron la FEAPS (Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual) y el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad)⁴. Pues bien, gracias a estos progresivos cambios y a su constante evolución, se fomenta la oportunidad de los discapacitados de desarrollar su personalidad y tomar verdaderamente las decisiones de su vida, tales como trabajar, establecer su propia residencia o algo tan simple como llevar sus redes sociales. En este contexto surge la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

III. INTRODUCCIÓN A LA CDPD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue adoptada

¹ Valencia, L. A., *Breve historia de las personas con discapacidad: De la Opresión a la Lucha por sus Derechos*, Editorial Academia Española, Madrid, 2018, pp.80-100.

² Velarde Lizama, V., “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Empresa y Humanismo*, vol. XV, n.1,2012, p.124.

³ Consejo General de la Psicología en España, “Pasado y presente de la discapacidad: Nueva ley General de la Discapacidad”, *Infocop online*, 2014 (disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=5001&cat=44#inicio; última consulta 18/04/2020).

⁴ *Id.*

por consenso el 13 de diciembre de 2006, en la 76ª sesión plenaria de la Asamblea general⁵. Fue el primer convenio internacional del sistema de Naciones Unidas que versó específicamente sobre las personas con discapacidad, las cuales son definidas por la propia CDPD de la siguiente manera: *“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.”* (art. 1.2 CDPD).

En cuanto a su propósito, establece lo siguiente: *“El propósito de la presente Convención 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.”* (art. 1.1 CDPD). Es decir, aspira a un cambio de orientación hacia una protección tendente a la autonomía personal y a la integración social.

Finalmente, la CDPD pretende que el Estado promueva la toma de conciencia por parte de la sociedad, ya que cree que sólo así se podrá llegar verdaderamente a una situación igualitaria en derechos y oportunidades. Así lo postula en su artículo 8, el cual no sólo obliga a los Estados a adoptar medidas para esa toma en conciencia, sino que también especifica que deberán incluir en todo caso tales medidas.

IV. DERECHO ESPAÑOL

Introducir primeramente la previsión constitucional sobre las personas con discapacidad: *“Los poderes públicos realizan una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de 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 en este título se otorgan”* (art. 49 CE). Se trata de una declaración de

⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que España ha ratificado por Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 abril 2008). Toda la documentación referida a ella puede encontrarse en la WEB de la Oficina del Ato Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

intenciones cuya finalidad es clara, la inclusión de los discapacitados en la sociedad, eso sí, poniendo a su disposición las ayudas necesarias.

Partiendo de esta previsión constitucional, se puede proceder a la explicación de nuestro modelo actual, teniendo siempre en cuenta que en España la CDPD es derecho positivo vigente aunque no se haya desarrollado aún. Para exponer el modelo del Derecho español, conviene exponer los conceptos doctrinales clave que facilitan su comprensión, que serían la personalidad jurídica, la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y la capacidad natural⁶. Se entiende por personalidad jurídica la preeminencia del ser humano para el derecho, esta denota una forma de ser frente al Derecho como cualidad propia de aquel de quien se predica y a quien hace sujeto de derecho⁷. Es una condición que se adquiere mediante el nacimiento y que se extingue con la muerte, resultando por tanto claramente común para todas las personas. Se trata de un concepto en el que se hallarían englobados el resto, siendo considerados elementos constitutivos de esta personalidad⁸.

En segundo lugar, se interpreta por capacidad jurídica la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, o para ser sujeto de relaciones jurídicas⁹. Este concepto se vincula como consecuencia del anterior y también se entiende que es común a todas las personas. Por tanto, independientemente de las circunstancias, toda persona desde su nacimiento hasta su muerte tendrá la posibilidad de mantener en su propiedad los derechos y obligaciones que le correspondan, teniendo en cuenta que habrá algunos como los personalísimos que jamás podrá transmitir.

En tercer lugar, se define capacidad de obrar como la aptitud para realizar con eficacia plenos actos jurídicos o ejercitar derechos, es decir, es la capacidad de gobierno que posee cada persona sobre su esfera jurídica y que se refleja en la validez de sus actos¹⁰. Por ello, para establecer la validez o eficacia de un acto habrá que analizar primeramente cuánta es

⁶ Ruiz de Huidobro, J. M., *Derecho de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 150-155.

⁷ *Ibid.*, p.154.

⁸ *Id.*

⁹ *Ibid.*, p.156.

¹⁰ *Ibid.*, p.159.

la capacidad de autogobierno de la persona.

Finalmente, se entiende por capacidad natural el discernimiento de cada persona, que se establece teniendo en cuenta las aptitudes que tiene para querer y comprender, las cualidades que trae aparejada su madurez y la presencia o no de enfermedades mentales o deficiencias que puedan reducir las anteriores¹¹. Es importante aclarar que si bien el discernimiento se mide teniendo en cuenta las circunstancias anteriores, no se considera tanto la circunstancia en sí, sino cómo esta afecta de manera directa al autogobierno del sujeto. Se podría concluir que la capacidad natural establece la realidad psico-fisiológica de individuo.

Pues bien, como se ha ido estableciendo, de los anteriores conceptos los únicos que varían de una persona a otra y pueden verse limitados según la capacidad de autogobierno del individuo, serían la capacidad de obrar y la capacidad natural. De hecho, será la capacidad natural la que establezca la capacidad de obrar, determinando hasta que punto es el individuo capaz de autogestionarse. De todas formas, para facilitar el proceso y evitar la ineficiencia que implicaría analizar caso por caso la capacidad natural, el ordenamiento español establece ciertas situaciones generalizadas de capacidad de obrar no completa. El ordenamiento hace esta clasificación mediante la presencia o no de ciertos indicadores y denomina a estas situaciones estados civiles. Estos serían tres, el menor de edad, la capacidad modificada judicialmente y la prodigalidad. El que nos concierne a nosotros es el segundo.

Este segundo estado civil estaría incluido dentro de los tres grados de discapacidad previstos en el ordenamiento, que permiten diferenciar a qué personas discapacitadas se les aplican las medidas de protección y a cuáles, no¹². El primero de estos grados sería la discapacidad en sentido amplio, cuyo ámbito viene dado por el artículo 1.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad visto anteriormente¹³. El

¹¹ *Ibid.*, p.160.

¹² *Ibid.*, p.243.

¹³ *Ibid.*, p.244.

segundo, la discapacidad en sentido estricto, que abarcaría aquellos casos que contaran con una minusvalía psíquica igual o superior al 35% o, física o sensorial igual o superior al 65%¹⁴. Finalmente, estaría la capacidad modificada judicialmente, que según establece el art. 200 CC, comprende “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma*”.

Pues bien, los individuos que se encuentran dentro de los dos primeros grados tienen la condición civil de persona con discapacidad, mientras que los que se localizan en el tercero tienen el estado civil que cuenta con la capacidad modificada judicialmente, debido a la envergadura de la protección que se les otorga¹⁵.

Dentro de la capacidad modificada judicialmente encontramos dos vertientes, la capacidad modificada parcialmente y la modificada totalmente. La primera de ellas haría referencia a una situación en la que la capacidad natural, que se expresa en la aptitud de autogobierno del sujeto, está grandemente afectada a causa de alguna enfermedad o discapacidad, viéndose limitada su capacidad de obrar. Y siendo esta la causa justificativa de la necesidad de otra persona para paliar la carencia que surge, que puede abarcar conceptos patrimoniales, personales o ambos. El tipo de protección que emana de esta situación en la que es necesario un complemento asistencial de la capacidad de obrar, se conoce como curatela.

Por otra parte, el segundo de los conceptos atiende a la falta absoluta del sujeto de su capacidad de obrar, no siendo capaz de gobernarse a si mismo debido a una privación desmedida de su capacidad natural; lo cual provoca que requiera de un complemento de su capacidad de obrar que pase por la representación legal o sustitución en la toma de decisiones atendiendo a lo que le sea mejor. Esta situación da paso a la institución de protección conocida como tutela. De cualquier manera y tal como adelanta el art. 200 CC, “*nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley*”. Además, en concordancia con esto, el artículo 760.1 LEC establece

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

que “la sentencia determinará la extensión y los límites de la capacidad de obrar, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el presunto incapaz, y se pronunciará en su caso sobre la necesidad de internamiento”.

Junto con las instituciones vistas en el párrafo anterior, existen otras figuras como la del defensor judicial, la guarda de hecho y la autotutela. En cuanto al defensor judicial, se trata de una figura de guarda de actuación provisional y transitoria, cuya finalidad es representar o asistir al discapacitado en las situaciones en las que sus progenitores, tutores o curadores no puedan hacerlo, así como cuando estos no existan¹⁶. En segundo lugar, la figura de guarda de hecho tiene como finalidad regular las situaciones en las que una persona sin ser designada para ello por el Juzgado, asume la protección de los bienes y de la persona discapacitada, introduciéndose la posibilidad de que el juez, si lo cree oportuno, fiscalice esta actuación¹⁷. Finalmente, la autotutela es la posibilidad de una persona con capacidad de obrar plena de prever las medidas que estime oportunas en previsión de futura discapacidad¹⁸. En nuestro ordenamiento esta figura se plantea estableciendo cuatro posibilidades¹⁹

V. PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD

A grandes rasgos, este sería el sistema establecido en España para paliar la discapacidad. Otras cuestiones serían el régimen de responsabilidad civil y penal, los derechos del paciente, la capacidad en las relaciones laborales y sindicales... las cuales no abordaremos en el presente trabajo, ya que carecen de relevancia para nuestro análisis. Continuando, procedemos con la explicación del art. 12 de la CDPD, pero antes nos parece de gran relevancia comentar las diferentes aproximaciones a este artículo, el modelo social, el

¹⁶ Cabezas Moyano, A. y Fábrega Ruiz, C., *Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad*, Fundación Jiennense de Tutela, Jaén, 2007, p.53.

¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸ *Ibid.*, p. 59.

¹⁹ 1. Otorgar documento público notarial, adoptando cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. 2. Designar a la persona que ha de ser su tutor. 3. Otorgar mandato para el caso de incapacidad del mandante. 4. Promover el juicio de incapacitación por el propio interesado.

modelo médico y el modelo bio-psico-social. Es interesante comentarlas ya que cada una de ellas parte de una premisa diferente que puede cambiar la forma de interpretar el artículo presentado.

1. MODELO SOCIAL

Comenzando con el modelo social, hay que tener en cuenta dos aspectos. El primero de ellos establece que las causas que fundamentan la discapacidad son esencialmente sociales, ya que son las limitaciones de la sociedad para asegurar las necesidades y prestar servicios apropiados las raíces del problema²⁰. Básicamente, se pretende apuntar que las dificultades de integración sufridas por los discapacitados no son ni mucho menos naturales ni inevitables, sino que por el contrario son fruto de la construcción social.

El segundo aspecto haría referencia a la a utilidad para la comunidad²¹. Este modelo apunta que si se cambiara la visión de las personas con discapacidad como personas con menos capacidades y con menos capacidad de aportación y se entendiese que pueden tener tanto que aportar como el resto, resultaría más fácil su inclusión. La justificación de este cambio de visión radicaría primordialmente en torno al derecho a la dignidad de las personas.

Entendidos estos aspectos, queda más que claro que este modelo considera que las causas generadoras de la discapacidad son puramente sociales y que por tanto se requieren soluciones dirigidas a la sociedad y no hacia la persona. De este modo, se contempla la capacidad jurídica como una construcción social que ha servido para excluir del derecho a determinados colectivos, entre los que estarían las personas con discapacidad²². Se considera que la sociedad ha dividido a los sujetos en capaces e incapaces, siendo las personas las que deben adaptarse al modelo establecido y de no ser así son castigadas por no superar sus deficiencias. Por tanto, lo que el modelo social pretende es paliar esta

²⁰ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plantación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, p.103.

²¹ *Ibid.*, p.104.

²² Cuenca Gómez, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III Madrid, p.7. (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19335#preview>; última consulta 18/04/2020).

situación modificando la regulación de tal manera que se minimice al máximo la discrecionalidad para decidir que aspectos tiene limitados cada persona en base a su enfermedad. Aspira a que se reconsideren las implicaciones negativas del método adoptado actualmente y se cambien ciertos aspectos para que ninguna persona vea limitada su vida. A modo de ejemplo, uno de estos aspectos podría ser el desarrollo de un sistema de apoyos personalizado.

Para concluir con la explicación de este modelo, señalar la frase de Jenny Morris que decía: *“Una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en un una serie de escalones es una discapacidad”*.

2. MODELO MÉDICO

Continuando con el modelo médico, este parte de la premisa de que la protección jurídica no limita la titularidad de los derechos, sino que simplemente establece unos apoyos para el ejercicio de los mismos y con la mera finalidad de garantizar la protección. Las situaciones donde se desarrollarían tales apoyos serían aquellas en las que el individuo no pudiera tomar sus decisiones de manera autónoma, libre, e independiente, es decir, cuando no tuviera capacidad de autogobierno suficiente²³. En estos casos, se procedería a la implantación de medidas de apoyo o sustitución en la toma de decisiones. Son algunas de estas medidas de protección las calificadas como limitaciones en el modelo social.

3. MODELO BIO-PSICO-SOCIAL

Finalmente, partiendo de los dos modelos anteriores y su posible complementación, la OMS plantea la elaboración de un tercer modelo denominado bio-psico-social, ya que, debido al complejo fenómeno de la discapacidad, las anteriores aproximaciones por

²³ Asís Roig, R., “Sobre la capacidad” en Bariffi, F. Y Palacios, A. (coord.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2012, p.15.

separado serían insuficientes²⁴. Se propone un modelo en el que se aborde la discapacidad tanto desde la perspectiva de un problema del cuerpo humano, como desde la visión de un complejo en el entorno social²⁵. Se piensa que sólo así podremos cubrir la discapacidad de manera completa y establecer una mejor protección.

Como se puede apreciar, los modelos médico y social resultan contradictorios. Y es que el modelo social se constituye como la muestra de una evolución en el pensamiento de la sociedad, que acaba por rechazar el modelo médico al entender que fomenta una discriminación hacia los discapacitados. En cuanto al modelo propuesto por la OMS, este plantearía una fusión de los dos anteriores, pudiendo llegar a ser interesante su utilización a la hora de clasificar la capacidad jurídica de las personas, ya que no dejaría de lado ni la visión médica necesaria para establecer la capacidad de autogobierno de la persona, ni la visión social capaz de romper las barreras de inclusión en la sociedad y de garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. De cualquier modo, el modelo aceptado y adoptado por la CDPD es el modelo social.

VI. ARTÍCULO 12 CDPD

De especial importancia para este trabajo es el artículo 12 de la CDPD, rubricado *Igual reconocimiento como persona ante la ley*, que contempla la capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Comentar que este artículo no pretende establecer derechos adicionales a las personas con discapacidad, simplemente se encarga de describir los elementos específicos que los Estados partes han de tener en cuenta para garantizar el derecho de igualdad ante la ley a las personas con discapacidad²⁶. Entendiendo por personas discapacitadas las afectadas por deficiencias mentales, intelectuales, físicas o sensoriales. Su redacción es la siguiente:

²⁴ OMS, “Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health”, Ginebra, 2002, p.9 (disponible en <https://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf>; última consulta 18/04/20).

²⁵ *Id.*

²⁶ ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N°1 2014 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, 2014, párrafo 1 (disponible en <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> ; última consulta 18/04/2020).

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones 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” (art. 12 CDPD).

Para su interpretación deben considerarse los principios generales establecidos en el art. 3 de la CDPD:

“ A. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

B. La no discriminación

C. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

D. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

E. La igualdad de oportunidades;

F. La accesibilidad;

G. La igualdad entre el hombre y la mujer;

H. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

Pues bien, partiendo de esta base, analizaremos este artículo por párrafos, ya que consideramos que de esta manera su comprensión será más fácil y se podrán aclarar más profundamente todos los conceptos. Comenzando con su primer párrafo, este reivindica el reconocimiento de la personalidad jurídica a toda persona con discapacidad, lo cual, aseguraría que a todo ser humano se le considere y respete como persona titular de personalidad jurídica, requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica²⁷. La importancia de este primer párrafo es clara, ya que sin el reconocimiento de las personas con discapacidad como personas ante la ley, estos no podrían adquirir ninguna clase de derechos y deberes, y por tanto no existiría punto de partida.

En cuanto al segundo párrafo, considerado de los más importantes de la CDPD, establece que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad será igual que la del resto de personas en todos los aspectos de la vida. De primeras este segundo párrafo parece bastante

²⁷ *Ibid.*, párrafo 11.

claro, sin embargo, es preciso abordar la definición de capacidad jurídica y mental de la que parte la Convención, teniendo en cuenta que son consideradas cuestiones que no deben ser mezcladas. Pues bien, establece como capacidad mental la aptitud que tiene una persona para adoptar decisiones, la cual varía de manera natural de una persona a otra dependiendo de varios factores, como pueden ser los ambientales o sociales²⁸. Por otra parte, por capacidad jurídica entiende no sólo la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino también la capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones válidamente²⁹. Es decir, reclama la existencia de dos elementos en este concepto, la titularidad y el ejercicio de los derechos y obligaciones. Esta concepción pretende que se sobrepasen por fin las barreras que dificultan la toma de decisiones, siendo las personas con discapacidad capaces de asumir obligaciones a través de sus elecciones, pudiendo abarcar todas y cada una de las esferas de actuación que tiene la persona. Finalmente, esta noción de la capacidad jurídica se basa en la prohibición de discriminación establecida en el art. 5 de la CDPD, que postula lo siguiente:

“1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (art. 5 CDPD).

²⁸ *Ibid.*, párrafo 13.

²⁹ *Id.*

Continuando con el tercer apartado del artículo, este versa sobre las medidas de apoyo que pueden ser requeridas por las personas con discapacidad para ejercer de manera completa su capacidad jurídica. Este apartado obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que en ningún caso traten de privar a las personas con discapacidad del ejercicio de su capacidad jurídica, ya que se pretende respetar en todo momento su autonomía individual. Además, se señala que este apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, y no debe consistir en ningún momento en decidir por ellas³⁰. Sin embargo, no se establece cómo debe ser tal apoyo, entendiéndose que la intensidad y el tipo deberán variar de una persona a otra dependiendo de sus necesidades³¹. En conclusión, se trataría de un ajuste que bien podría considerarse una medida positiva para ayudar a las persona a adoptar sus decisiones en un entorno de respeto y confianza, teniendo siempre en cuenta su voluntad. Para establecer estas medidas habría que atender a las circunstancias de la persona y no a su enfermedad.

En cuanto al cuarto apartado, tiene por objeto precisar las salvaguardias que debe tener el sistema de apoyos previsto en el anterior párrafo, exigiendo a los Estados la creación de unas salvaguardias adecuadas y efectivas cuyo objetivo principal sea el respeto de los derechos, las preferencias de las personas y su voluntad³². Sin embargo, cuando sea inviable determinar cuál es la voluntad o preferencia de la persona con discapacidad, se deberá sustituir por la mejor interpretación de estas, teniendo en cuenta que deberán tener cierta protección contra la influencia indebida³³. Finalmente, comentar que estas salvaguardias tratarán de garantizar la proporcionalidad de las medidas, intentando a su vez que estas sean aplicadas con la mayor brevedad posible y sometidas a revisión en unos plazos que no resulten excesivos.

Concluyendo, el último párrafo establece la igualdad en cuanto a cuestiones patrimoniales, ya que, como se ha mencionado anteriormente, la igualdad de la capacidad jurídica incluye toda la esfera de actuación de la persona, tanto personal como patrimonial.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 17.

³¹ *Ibid.*, párrafo 18.

³² *Ibid.*, párrafo 20.

³³ *Ibid.*, párrafos 21-22.

Para finalizar con el pleno entendimiento del artículo 12 CDPD, haremos referencia a su conexión con otros artículos de la Convención, ampliando así nuestro marco de comprensión. Teniendo en cuenta que se podría establecer una relación con la mayoría de ellos, a continuación nos centraremos en los que consideramos más relevantes y acordes al presente trabajo. En primer lugar, se encontraría el artículo 5 CDPD, expuesto anteriormente, en relación con la igualdad y no discriminación. Este establece que si por alguna razón el Estado decide privar de capacidad jurídica a una persona, tiene que hacerlo estableciendo unas mismas razones para todos los individuos, sin motivarse en ningún caso en cuestiones como género, raza, discapacidad o algún otro elemento diferenciador personal, pretendiendo así la inclusión y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas³⁴.

Además, la no discriminación incluye el derecho a obtener ajustes razonables independientemente de la ayuda que se pueda estar recibiendo para el desarrollo del ejercicio de la capacidad jurídica³⁵. Estos ajustes se definen en el artículo 2 CDPD como: *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*. (Art. 2 CDPD) La no accesibilidad a cualquiera de los anteriores ajustes supondría una discriminación.

En segundo lugar, también es de gran importancia la relación presentada entre los artículos 12 y 19 de la CDPD. El artículo 19 CDPD consagra el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ya que resulta imposible que las personas con discapacidad consigan hacer efectivos sus derechos si no tienen la oportunidad de participar en la sociedad, resultando su vida cotidiana excluida de la del resto de individuos³⁶. Por tanto, todo apoyo que se quiera dar en cuanto a la capacidad jurídica en los términos establecidos según el artículo 5 CDPD visto anteriormente, es decir, ya sea

³⁴ *Ibid.*, párrafo 32.

³⁵ *Ibid.*, párrafo 34.

³⁶ *Ibid.*, párrafo 44.

como ajuste razonable o como ayuda al ejercicio, deberá pensarse y plantearse desde una visión de inclusión en la comunidad.

Finalmente, mencionar el artículo 29 CDPD en relación con la participación política, que reivindica la falta de sostenibilidad de la privación de este derecho en base a la negación de la capacidad jurídica y a la distinción de capacidad en la vida pública y política³⁷. Dentro de este artículo se incluye el derecho a voto.

VII. ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL Y EL ART. 12 CDPD

Tras esta exposición, procedemos con el análisis y comparación de los anteriores sistemas. Para ello comenzaremos desvelando las principales controversias que ya se han podido ir apreciando en los apartados anteriores, a través de los informes más relevantes del gobierno español y del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Posteriormente, con estas controversias planteadas y presentadas, procederemos a la opinión de la doctrina y a una presentación de esta misma problemática en la jurisprudencia española.

1. INFORMES

Las principales cuestiones que suscitaron controversia en estos informes se refieren a la problemática conceptual de la capacidad jurídica y a la erradicación del sistema de sustitución en la toma de decisiones. Para reflejar estas cuestiones abordaremos el presente apartado presentando los informes en orden cronológico y analizándolos.

En un primer momento, España presenta el 3 de mayo de 2010 su informe inicial, siendo así el primer estado que presentó su informe al comité. En este España se mostraba un tanto reacia a la nueva concepción de capacidad jurídica, la cual además intentaba disipar y justificar. Se podrían clasificar las cuestiones comentadas por España en las siguientes.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 48.

En primer lugar, la igualdad ante la ley traducida en igual capacidad jurídica. En cuanto a esto establece que de acuerdo con el artículo 29 de nuestro CC, el cual dispone que “*el nacimiento determina la personalidad, siempre que se den las condiciones señaladas en el art. 30*” y que “*toda persona física tiene capacidad jurídica desde su nacimiento*”; las personas con discapacidad tienen reconocidos ambos conceptos de la misma manera que el resto de personas, estando por tanto adaptados a los primeros apartados del artículo 12 CDPD³⁸. En ningún momento decide España en este primer informe pronunciarse sobre la sustancial diferencia conceptual que recae entre lo que nuestro país entiende por capacidad jurídica y lo que entiende la Convención.

En segundo lugar, se encarga de respaldar y justificar por qué nuestro sistema de protección está ya adaptado al tercer apartado del artículo 12 CDPD. En el informe se justifica que ya existen en nuestro ordenamiento instituciones de guarda y protección de las personas y sus bienes, las cuales se aplican teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y las circunstancias del individuo. Además, indica que será una sentencia la que declare la incapacitación e indique los límites, imponiendo en todo caso medidas a corto plazo y con una revisión periódica, independiente e imparcial³⁹. Finalmente, para zanjar este punto, explica como hay medidas previstas en caso de conflicto de intereses entre la figura protectora y el discapacitado y como la incapacitación no se basa en la enfermedad que pueda tener la persona, sino en la imposibilidad de gobernarse por el mismo⁴⁰.

En tercer lugar y concluyendo su opinión acerca del artículo 12 CDPD, establece que existen salvaguardias proporcionales al grado en que las anteriores medidas afecten a los derechos e intereses de la persona⁴¹.

Ante este informe español reforzando su visión y su sistema, en el que no muestra ningún

³⁸ ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: informes iniciales presentados por los Estados”, 2010, párrafo 52 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es última consulta 18/04/2020).

³⁹ *Ibid.*, párrafo 59.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 54.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 61.

signo de cambio ni adaptación, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emite un segundo informe estableciendo unos motivos de preocupación y recomendaciones.

Su primera preocupación consiste en la consideración por el propio Comité de que no todas las personas discapacitadas se hayan protegidas por la ley española. El informe establece que “*el Estado debe velar por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad*”⁴². Continuando, también hace visible su preocupación al ver que España no ha adoptado ninguna medida para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia, no garantizando así la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona⁴³.

Antes de continuar con los restantes informes, ya en estos dos primeros se aprecian las siguientes complicaciones. En primer lugar la diferencia conceptual abrumante que existe entre el concepto de capacidad jurídica presentado por la CDPD y el defendido por el ordenamiento español. Controversia que como ya veremos, da lugar a malentendidos de fondo que afectarán a la hora de lograr los propósitos que establece la misma Convención. El segundo problema, es claro, la problemática que suscita el sistema de protección español basando en la sustitución, ya que aunque es justificado por nuestro ordenamiento como medida última por no poder el individuo gobernarse por sí mismo y no por la enfermedad, la Convención no entiende factible este método. La misma considera que mediante la sustitución en la decisión no se garantiza la igualdad de derechos con las demás personas, es más, considera que es una restricción de derechos que no tiene justificación y que por tanto no debería darse.

Volviendo a los informes, tras la presentación de las preocupaciones y recomendaciones por el Comité, España decide responder. En este caso lo hace en el informe del 8 de Julio

⁴² ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención”, 2011, párrafo 12 (disponible en <https://www.refworld.org/es/publisher,CRPD,,ESP,54992d354,0.html>; última consulta 18/04/2020).

⁴³ *Ibid.*, párrafo 34.

de 2011, en el que se dedica casi en su totalidad a defender la institución de la tutela, dejando por otra parte breves incisos que dejan entrever la disposición del ordenamiento español a cambiar ciertas cuestiones para adaptarse mejor a los establecido en la Convención.

Para defender su sistema parte del artículo 210 del CC, que establece lo siguiente: *“la sentencia que declara la “incapacitación” determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de guarda o tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado”*. De aquí se deduce que en nuestro ordenamiento la incapacitación no supone siempre la sustitución en la adopción de decisiones, sino que cabe someter al incapacitado a un régimen de mero apoyo, pudiendo tener ambos una extensión variable que incluya algunas o todas las facetas de la capacidad jurídica del discapacitado⁴⁴. Como se puede observar, el gobierno español usa el término capacidad jurídica según la concepción entendida por la Convención, siendo así la primera vez que España de manera tácita se muestra dispuesta a aceptarlo.

Tras este informe y algunos más presentados por España como informes periódicos, el Comité realiza sus Observaciones Finales y la Observación General N°1 del 2014 ya mencionada anteriormente. En cuanto a las Observaciones Finales, establece el Comité su inquietud de que el Estado español pueda llegar a autorizar la privación de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad, así cómo la no eliminación del régimen de sustitución en la adopción de decisiones, cuestiones que no respetarían de ningún modo la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas⁴⁵. Finalmente, en cuanto a la Observación General N°1, esta es bastante clara, establece que: *“se supriman los regímenes y mecanismos basados en la adopción de decisiones sustitutiva, que niegan la capacidad*

⁴⁴ ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones”, 2011, párrafo 51 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=es; última consulta 18/04/2020).

⁴⁵ ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre los informes periódicos”, 2019, párrafo 22 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es; última consulta 18/04/2020).

*jurídica y que tienen el propósito o el efecto de discriminar a las personas con discapacidad. Se recomienda a los Estados que establezcan disposiciones que protejan el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad*⁴⁶” Y lo anterior como fundamento de dar a las personas con discapacidad igualdad de oportunidades para que puedan ejercer libremente su potestad decisiva en la vida real, estando así más involucrados en la sociedad.

Vistos estos informes, observamos que no sólo se matizan y profundizan las cuestiones antes presentadas, sino que se observa una ligera evolución en cuanto a la flexibilidad adoptada por España sobre las cuestiones introducidas por la CDPD, que en un principio era nula. Se aprecia claramente la voluntad del sistema español de reformar el modelo de apoyos y por otra parte la aceptación por parte del mismo del concepto de capacidad jurídica en los términos expuestos por la Convención. Ya que, por primera vez entiende que la capacidad jurídica se puede ver limitada en nuestro sistema, lo cual implica que la entiende de manera conjunta con la capacidad de obrar. Por otra parte, se aprecia la introducción de una tercera controversia, que sería la fundamentación que podría haber detrás de las medidas de sustitución en la toma de decisiones y su posible validez.

2. DOCTRINA

Para analizar las cuestiones expuestas haremos referencia a varios autores, que no sólo nos ayudarán a esclarecer la parte conceptual, sino que nos harán entender mejor la controversia y su profundidad.

En cuanto a la problemática de la diferencia conceptual, es claro que la capacidad jurídica a la que se refiere la CDPD incluye tanto la idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones como la aptitud para actuar en derecho y ejercitar las obligaciones, omitiendo así los conceptos de capacidad de obrar y natural que si existen en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷. El fundamento de este concepto de capacidad jurídica, establecido por la CDPD,

⁴⁶ ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), *op. cit.*, párrafo 50.

⁴⁷ Entendido como capacidad mental en la CDPD.

radicaría en evitar que la necesaria protección de los individuos cuya discapacidad les impide o dificulta gobernarse a si mismos se construya conceptualmente sobre una cierta restricción de la capacidad de obrar⁴⁸.

Pues bien, para algunos autores el prescindir de la capacidad de obrar o natural supone un terrible error. Desde este punto de vista, RUÍZ DE HUIDOBRO⁴⁹ establece que la capacidad natural no puede entenderse ajena a la capacidad de actuar del individuo, ya que la capacidad natural es el pilar sobre el que se construye la capacidad de obrar, sin la cual no tendríamos un reflejo de la valoración del grado de discernimiento. Y sin ese reflejo del discernimiento resultaría muy difícil establecer un sistema de apoyos acorde, lo cual provocaría una disminución de la seguridad jurídica y de las garantías.

Por otra parte, este mismo autor también aborda la cuestión de la erradicación del sistema de sustitución y la implantación del sistema de apoyos. RUIZ DE HUIDOBRO⁵⁰ entiende que si bien a un niño le resulta imprescindible la representación legal o su sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica, por qué no iba a ser de la misma manera con un individuo con una privación total de su capacidad natural que implicase unas aptitudes volitivas e intelectivas prácticamente nulas. Además, se ha de tener en cuenta que el individuo no responde de los daños, sino su protector legal, por tanto conviene preguntarse hasta qué punto resultaría posible no aplicar el sistema de sustitución y dejar que sea el representante quien responda de los perjuicios causados⁵¹.

En cuanto al sistema de apoyos, no contempla que este pueda desarrollarse al margen de la capacidad de autogobierno del individuo, es decir, de su grado de discernimiento establecido según sus capacidades volitivas e intelectivas. Además, entiende que nada tiene que ver lo anterior con la proporcionalidad de las medidas y las necesidades y el mayor

⁴⁸ Ruiz de Huidobro, J.M., *op. cit.*, p.249.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 240-248.

⁵⁰ *Ibid.*, p.249.

⁵¹ *Ibid.*, p.247.

respeto posible a la autonomía y dignidad del individuo⁵².

Finalmente, en cuanto a la fundamentación de la limitación de la capacidad de obrar o capacidad jurídica, si entendemos que esta incluye la capacidad de obrar, el motivo de la restricción no sería de ninguna manera su consideración como persona inferior a causa de la enfermedad, sino la privación de la capacidad para gobernarse que le puede causar esa enfermedad o no. Por tanto, no se discrimina al discapacitado por serlo, sino que se estudia la capacidad de autogobernarse de cada persona en atención a sus aptitudes y posteriormente se les aplica el sistema de protección más adecuado.

Continuando con otros autores, PALACIOS⁵³ no se centra en discutir las posibles repercusiones de la diferencia conceptual, simplemente se pregunta si sería posible la emisión de reservas o declaraciones interpretativas que restringieran en alguno de los dos sentidos la interpretación de este término en el derecho interno, cuestión que como se ha visto si fue posible y pasó en países como Canadá, Egipto y Reino unido, entre otros.

En cuanto a la controversia de la erradicación del sistema de sustitución por ser limitador de los derechos de los discapacitados, PALACIOS⁵⁴ expresa que el proceso de incapacitación total limita de un modo absoluto los aspectos de carácter personal y patrimonial del individuo, y entiende que este sistema es discriminatorio al basarse o tener como consecuencia directa la discapacidad. Finalmente, postula la elaboración de un sistema de apoyos en la toma de decisiones que se desarrollara teniendo en cuenta tanto el tipo de acto jurídico como el tipo de apoyo.

Otro autor que parece entender la situación de la misma manera que PALACIOS, sería GANZEMULLER que establece lo siguiente, *“aun cuando la persona con discapacidad precise de un apoyo total, la persona o personas de apoyo deben permitir que*

⁵² *Ibid.*, p.250.

⁵³ Palacios, A., Consultation on key legal measures for ratification and implementation of the convention on the rights of persons with disabilities, Ginebra, Palais des nations Room XXI, 2008, p.6 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9900#preview>; última consulta 18/04/2020).

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 7-8.

aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible y según sus dedeos. Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva⁵⁵”. Además, piensa que esta toma de decisiones con apoyo puede adoptar múltiples formas y que por tanto, no es necesario llegar a la limitación de los derechos de las personas para protegerlas o apoyarlas en sus decisiones⁵⁶. Finalmente, no se pronuncia en cuanto al concepto de capacidad jurídica.

La línea de pensamiento de estos dos últimos autores, y de buena parte de la doctrina española, coincide con lo establecido en la guía de formación desarrollada por las Naciones Unidas, lo cual implica que muchos son los que están a favor de una modificación de la legislación española acorde a lo establecido por la CDPD. En la guía de formación se establece que hay ciertos ordenamientos jurídicos, véase el español, que consideran la discapacidad un motivo lícito para no reconocer como personas ante la ley a un abanico de individuos con discapacidades intelectuales, mentales o sensoriales⁵⁷. Se cree que se les niegan algunos derechos al no brindarles la capacidad jurídica que establece la CDPD. Además, piensan que este escenario fomenta situaciones de abuso por parte de los tutores, pudiendo llegar no sólo a grandes limitaciones de los derechos de los discapacitados, sino a graves perjuicios. A modo de ejemplo expone las intervenciones médicas forzosas en cuanto a la esterilización.

Finalmente, para concluir este apartado y apoyar la postura de nuestro primer autor, comentar las opiniones de MIGUEL ALHAMBRA Y ANGUIA RÍOS. La primera de ellas defiende la necesidad de valoración de la capacidad de obrar como instrumento de protección. Esta entiende que el pleno ejercicio de los derechos es una parte fundamental de la autonomía de la persona y que además, esta íntimamente ligado con su dignidad⁵⁸. Sin embargo, establece que no hemos de olvidar que la capacidad de tomar decisiones puede

⁵⁵ Ganzemuller Roig, C., “ De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el derecho interno”, pp. 40-42 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=33547>; última consulta 18/04/2020).

⁵⁶ *Ibid.*, p.39.

⁵⁷ Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, “Guía de formación: serie de capacitación profesional”, *Naciones Unidas*, N°19, 2014, p.93.

⁵⁸ Miguel Alhambra, L., “La valoración de la capacidad como instrumento de protección de la autonomía del anciano”, *Notario del Siglo XXI*, n.86, 2019, pp.52-54.

verse limitada y que el respeto a la dignidad incluye también la protección de las personas en condiciones de vulnerabilidad, no siendo esta vulnerabilidad la enfermedad, sino la afectación que esta puede llegar a causar en nuestra capacidad de adoptar decisiones⁵⁹.

En un segundo plano, ANGUITA RÍOS, que únicamente se pronuncia sobre los sistemas de apoyo y representación de las personas con discapacidad, entiende que lo primero sería establecer un sistema en el que las medidas se adoptasen de menos a más y siempre acorde a las necesidades reales, sin una posible generalización que pueda implicar la sustitución en la capacidad de decisión⁶⁰. No obstante, también opina que en las situaciones en las que el individuo carece de capacidad de entender y querer, la regulación de nuestro Código Civil no es ni mucho menos contraria a los valores de la CDPD, ya que la adopción de esa medida de sustitución viene más que justificada por la exigencia de protección que emana de la persona con discapacidad⁶¹. Además, concluye estableciendo que es inviable excluir el sistema de sustitución, ya que siempre existirán supuestos en los que sea necesario acudir a la representación legal.

Hasta aquí llegarían las opiniones de los distintos autores, que como se puede ver son bastante dispares, principalmente en lo que concierne a la subsistencia o no del sistema de sustitución en la toma de decisiones. A continuación, procederemos a realizar un breve recorrido por la jurisprudencia dictada desde la ratificación de la CDPD, para ver la progresiva adaptación de los tribunales españoles, estableciendo también las posibles barreras que todavía pueden no haberse superado.

3. JURISPRUDENCIA

Entre las sentencias más importantes, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2009, que versaba sobre un procedimiento de incapacitación⁶². Esta sentencia dio pie a que el TS se cuestionará la legalidad de tal procedimiento. Por una parte, el Ministerio

⁵⁹ *Ibid.*, p.54.

⁶⁰ Anguita Ríos, R.M., “ La protección del discapacitado no incapacitado”, *Diario La ley* ,n .8165, pp.1-3.

⁶¹ *Ibid.*, p.2.

⁶² Término obsoleto, sustituido por modificación de la capacidad de obrar.

Fiscal defendía la ilegalidad de este sistema por no ser acorde a la CDPD, ya que suponía una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad⁶³. Además, en este sentido, establecía que dicha capacidad de obrar debía ser entendida unificada a la capacidad jurídica de un modo inseparable, para garantizar la tan reclamada igualdad de todas las personas⁶⁴. Finalmente, proponía una solución intermedia de carácter transitorio, con base en la institución de curatela, que era considerada la más respetuosa hasta el momento.

A pesar de esta argumentación, el Tribunal Supremo desestimó todos los razonamientos del Ministerio Fiscal y concluyó que la medida de incapacitación no es contraria a la CDPD, al tratarse de una forma de protección a la persona debido a sus especiales particularidades, sin haber de ninguna manera la concepción de discriminación por continuar conservando el discapacitado la titularidad de sus derechos fundamentales⁶⁵. Finalmente, apunta que esta medida no es ni mucho menos un sistema de protección de la familia, sino exclusivamente de la persona afectada.

Esta postura del Tribunal Supremo generó mucha controversia. Aunque la crítica más repetida consistió en la no comprensión que suscitó la reticencia de nuestro Tribunal Supremo de deshacerse del modelo médico y analizar la cuestión desde el modelo social, tal y como lo hace la CDPD. Se piensa que desde el punto de vista del modelo médico se produce una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar de las personas con deficiencias físicas, intelectuales o psicosociales⁶⁶.

Otra sentencia relevante y mucho más reciente sería la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de junio de 2018, en la que también se tramita un proceso de incapacitación. Esta sentencia sostiene que la figura de representación se reserva para la incapacitación total y la curatela para la incapacitación parcial, de hecho, la jurisprudencia a la luz de la

⁶³ STS Sala Primera de lo Civil, n.282/ 2009, 29 abril de 2009 [versión electrónica-base de datos V/ex. Ref. STS 2009/282]. Fecha de la última consulta: 20 abril de 2020 (FJ:3).

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Ibid.*, FJ:8.

⁶⁶ *Ibid.*, FJ:3.

interpretación recogida por la CDPD se viene inclinando por la curatela⁶⁷. De cualquier manera, establece que todas las instituciones deben interpretarse conforme a la CDPD, incluida la tutela, ya que esta es necesaria cuando una persona no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma, ni con el apoyo de otras personas⁶⁸. Finalmente, comenta que a la hora de establecer las medidas oportunas siempre se han de tener en cuenta las circunstancias personales del individuo.

Para concluir este apartado, podemos contemplar como mientras que la jurisprudencia se ha mantenido firme en algunos aspectos, véase la necesidad de la tutela en casos extremos de falta de autogobierno, ha evolucionado en otros, como la implantación de la curatela en la mayoría de los casos, atendiendo no sólo a las circunstancias médicas sino también a las personales.

VIII. PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN PARA SOLVENTAR LAS DIFERENCIAS

Analizadas las anteriores cuestiones, conviene volver a las preguntas presentadas, para así poder vincularlas mejor con las posibles soluciones que se desarrollarán en este apartado. En un primer momento nos planteábamos si resultaría posible sostener un sistema en el que las personas con discapacidad fuera titulares de sus propias decisiones, lo cual está claramente ligado con la desaparición de las instituciones de sustitución en la toma de elecciones y con el igual reconocimiento de la capacidad de obrar en todas las personas. Pues bien, como hemos visto existen dos puntos de vista ante esta situación. El primero de ellos sería el presentado por autores como RUÍZ DE HUIDOBRO, MIGUEL ALHAMBRA y ANTGUITA RÍOS, que no creen que se pueda establecer una capacidad de obrar igualitaria para todos. Piensan que es preciso un análisis previo de la capacidad de autogobierno de individuo, en previsión de la cual se establecerá el sistema del poyos o sustitución que se requiera, tratando siempre de tener en cuenta las circunstancias personales del individuo e imponiendo el sistema de representación únicamente en casos

⁶⁷ STS Sala Primera de lo Civil, n.362/2018, 15 de Junio de 2018 [versión electrónica-base de datos V/ex. Ref. STS 2018/362]. Fecha de la última consulta: 20 abril de 2020 (FJ:2).

⁶⁸ *Id.*

extremos. Estos autores entienden que la desaparición del sistema de sustitución podría resultar en una desprotección de las personas con discapacidad.

Por otra parte, la segunda alternativa propuesta sería la de la CDPD, que es apoyada por gran parte de la doctrina española y es la que parece que se seguirá en el nuevo sistema español, como ya veremos en la redacción del Anteproyecto. Este segundo punto de vista cree firmemente en la titularidad de los discapacitados de sus propias decisiones y piensa que lo relevante es examinar la situación de cada uno y a partir de ahí, otorgarle el grado de apoyo que necesite. Además, en caso de necesitar un apoyo total, sigue reivindicando que se posibilite ejercer a la persona con discapacidad su capacidad jurídica en la medida de lo factible y teniendo en cuenta sus deseos. Quiere que el discapacitado viva de la manera más plena posible ejercitando sus derechos como el resto de la sociedad.

Si tenemos en cuenta los avances jurisprudenciales del sistema español para establecer como prioritario el sistema de capacidad modificada parcialmente, nos damos cuenta de la paulatina aproximación de estas dos visiones. Sin embargo, todavía existe una cuestión en la que se distancian enormemente, que sería el reconocimiento y consideración de la enfermedad del individuo y sus posibles consecuencias en el autogobierno. Mientras que el sistema español se inclina por abordarlo de una manera más realista, partiendo de que dicha disparidad existe y tratando de establecer hasta donde priva al individuo de su capacidad de autogobernarse. La CDPD no tiene en cuenta en ningún momento tal enfermedad y sus consecuencias, sino que desde la base de que todas las personas son iguales ante la ley, intenta restar las posibles carencias que este individuo pueda tener, proporcionándole la ayuda necesaria.

A pesar de ser dos puntos de vista diferentes, ambos pretenden conseguir la protección del individuo. No obstante, en tanto que el ordenamiento español parte de una posición más realista o negativa, por acotarla de alguna manera, la CDPD tiene como base una visión más positiva de las capacidades de estos individuos. La cuestión sería el establecimiento de un punto de vista más neutro, en el que no se partiera de la inferioridad en derechos del individuo, pero tampoco de una visión tan positiva que pudiera llegar a la desprotección.

Establecido lo anterior y con el enfoque un tanto más claro, no adentramos a ver las posibles soluciones que ha habido al respecto y las controversias que de ellas emanan. Para ello, primero se expondrá el Anteproyecto y posteriormente se procederá a analizar y discutir algunas de sus cuestiones.

1. ANTEPROYECTO

Ante las novedades planteadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España acabó considerando una reforma del sistema normativo que se adaptara mejor a los establecido en dicha Convención. De esta manera, se instituyó el 21 de septiembre de 2018 el Anteproyecto por el que se pretendía la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Finalmente, este no progresó, y es que como veremos más adelante, sólo en lo relacionado con la adaptación al artículo 12 CDPD, ya existían algunos errores basados principalmente en la escasez de métodos, haciendo completamente necesaria una mayor reflexión y desarrollo de este Anteproyecto.

Comenzando con la exposición de motivos, ya se adelantaba que uno de los principales objetivos era un cambio en el sistema vigente en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones⁶⁹ por otro que estuviera apoyado en las preferencias y voluntad de la persona, que sería por regla general la encargada de tomar sus decisiones⁷⁰. En ningún momento habla del cambio que supondría el nuevo concepto de capacidad jurídica en nuestro ordenamiento, simplemente lo asume y da por hecho que es el utilizado a partir de ahora, sin mayores dilaciones ni análisis.

Estas cuestiones, que actualmente se regulan en el título X del libro primero del CC rubricado, *“De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”*, se seguirían regulando en el mismo sitio pero el título pasaría a redactarse de la siguiente manera: *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”*. Siendo la idea

⁶⁹ La jurisprudencia ya había roto este estereotipo.

⁷⁰ “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. 247-248.

central dar el apoyo a la persona que lo precise, englobando todo tipo de actuaciones: acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, el consejo⁷¹... Eso sí, teniendo en cuenta que ante la imposibilidad de dar este apoyo, se podría concretar la representación o sustitución en la toma de decisiones. Finalmente, esta nueva regulación no sólo versaría sobre aspectos patrimoniales, sino también personales, y se otorgaría absoluta preferencia a las medidas preventivas, en las que el interesado en previsión de futura necesidad de apoyo establece poderes o mandatos preventivos, teniendo también en cuenta la figura de la autocuratela⁷².

Pues bien, queda claro que la institución judicial por excelencia sería la curatela, al ser su naturaleza asistencial. Estableciendo la posibilidad puntual de otorgar a los curadores o al que este al frente del apoyo funciones representativas, desapareciendo por completo no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, por considerarse demasiado rígidas⁷³. Finalmente, seguirán vigentes las instituciones de guarda de hecho y defensor judicial.

En cuanto al proceso, se pretende implantar un nuevo sistema que se base en la colaboración interprofesional, con gente formada en los ámbitos asistenciales, sanitarios y jurídicos, que se encarguen de aconsejar en cuanto a las medidas idóneas para cada caso⁷⁴.

A grandes pinceladas estos serían los cambios que se propondrían respecto al sistema anterior en lo relacionado con el artículo 12 CDPD. Sin embargo, conviene detenernos en lo concerniente a las instituciones establecidas.

En cuanto a la curatela, se regularía en el capítulo IV. Se distinguirá de la anterior regulación, dejando de ser utilizada en casos puntuales y pasando a ser la institución de apoyo judicial básica. Su regulación comenzaría en el artículo 266 del Anteproyecto, que establecería lo siguiente:

⁷¹ *Ibid.*, p.249.

⁷² *Id.*

⁷³ *Ibid.*, p.250.

⁷⁴ *Ibid.*, p.251.

“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”⁷⁵.

Lo importante es que todos los actos necesitados tanto de apoyo como de representación, se establezcan expresamente y de manera clara y específica, no pudiendo constituir en ningún momento una prohibición de derechos. En este apartado es importante mencionar la autocuratela, que consistiría en que la persona en vistas de su futura discapacidad dejará establecidos todos los requisitos posibles acerca de su venidera curatela.

Para concluir con esta figura, se establece su forma de ejercicio, que deberá respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, al igual que permitirle desarrollar su propio proceso de toma de decisiones⁷⁶. En caso de que el curador desarrollara las facultades representativas, establece el artículo 280 del anteproyecto, *“deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración”⁷⁷.*

En cuanto a la guarda de hecho, se regularía en el capítulo III. Esta requería la previa autorización judicial, la cual no podría exceder la administración ordinaria. Antes de conceder esa autorización se examinarían las circunstancias que rodean al caso, estableciendo las disposiciones oportunas que se adaptasen mejor a las necesidades de la persona con discapacidad⁷⁸.

Finalmente, en lo concerniente al defensor judicial, se regularía en el capítulo V y este sólo

⁷⁵ *Ibid.*, p. 274.

⁷⁶ *Ibid.*, p.279.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Ibid.*, p.277.

sería nombrado en determinados casos establecidos por la ley.

2. ANÁLISIS ANTEPROYECTO

Tras este recorrido por las figuras que regularían el sistema de apoyos, procedemos a un análisis de las diferentes cuestiones planteadas en el Anteproyecto, sin dejar de focalizarnos en ningún momento en el concepto de capacidad jurídica y su vinculación con la titularidad de los discapacitados en la toma de decisiones, y en las formas de apoyo y representación de las personas con discapacidad.

2.1. La capacidad jurídica

El Anteproyecto basándose en lo establecido por la CDPD establece un concepto de capacidad jurídica en el que se recopila no sólo la titularidad del derecho, sino el ejercicio del mismo. Siendo la capacidad jurídica la misma para todas las personas, ya que constituiría una cuestión de derechos humanos que las personas con discapacidad sean titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones⁷⁹.

Este mismo enfoque es el adoptado por la propuesta de posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad, que establece que de no tener todos igual capacidad jurídica en estos términos, cómo sería el caso de España, se estaría declarando incompetentes a las personas en todos o algunos de sus aspectos, lo cual implicaría una privación de sus derechos, dejando de ser ciudadanos plenos y en igualdad de condiciones⁸⁰.

En contra de esta visión y a la luz de lo propuesto en el Anteproyecto, LECIÑENA IBARRA destaca la importancia de abordar el tema teniendo en cuenta la sociedad actual. Esta pretende recordarnos que vivimos en una sociedad longeva en la que el envejecimiento

⁷⁹ *Ibid.*, p.249.

⁸⁰ Foro Europeo de la Discapacidad, “ Propuesta de posicionamiento: Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones”, 2008, pp.1-2 (disponible en https://studylib.es/doc/173569/edf_doc-aga-08-05-02_sistema-de-apoyo-en; última consulta 20/04/2020).

y la discapacidad son conceptos paralelos⁸¹. Y aunque la realidad biológica no tiene por qué incidir en la capacidad de entendimiento de la persona, en un hecho incuestionable que el paso de los años va acompañado de una merma de facultades, capaz de limitar la voluntad y la autonomía personal; siendo cuestiones relevantes que se han de tener en cuenta para establecer las limitaciones en la capacidad jurídica, y en concreto en el ejercicio de los derechos o titularidad de las decisiones⁸².

2.2 El sistema de apoyos

Antes de desarrollar el análisis del sistema de apoyos propuesto por la Convención, procedemos a comentar algunas de las recomendaciones propuestas por el Foro Europeo de la Discapacidad sobre el desarrollo e implementación de este.

En primer lugar, se ha establecido la necesidad de utilización de mecanismos ordinarios para la protección de los intereses de las personas, de tal manera que sean más accesibles e inclusivos. Se pide que dichos mecanismos *“aseguren que todas las estructuras y mecanismos jurídicos para la protección de los ciudadanos en los distintos ámbitos sean accesibles a las personas con discapacidad intelectual, respondiendo a sus necesidades y teniendo en cuenta sus intereses”*⁸³.

En segundo lugar, se comenta la necesidad de que el sistema de apoyo de decisiones ejecutado por personas legalmente registradas se aplique únicamente en los casos judicialmente necesarios. Además, se sugiere que en tanto se pueda, el individuo que va dar el apoyo sea elegido por la persona con discapacidad⁸⁴.

Finalmente, en cuanto a la implementación, entiende que mientras se termina de desarrollar el nuevo sistema, se deberá pasar por un periodo de funcionamiento paralelo de ambas

⁸¹ Leciñena Ibarra, A., “ Envejecimiento y discapacidad: La provisión de apoyos en la toma de decisiones a la luz de la futura reforma de la legislación civil y procesal”, *Notario del siglo XXI*, n.87, 2019, p.64.

⁸² *Ibid.*, p.65.

⁸³ Foro Europeo de la Discapacidad, *op. cit.*, p.3.

⁸⁴ *Ibid.*, pp.4-5.

regulaciones⁸⁵.

Pues bien, tras este inciso comenzamos con el análisis del sistema propuesto por el Anteproyecto. De manera general, se cree que esta parte de una excesiva institucionalización de las medidas preventivas y de la guarda de hecho, lo cual incita a pensar en la existencia de un pequeño temor o falta de efectividad y confianza en la intervención judicial establecida como compatible a la CDPD⁸⁶. Además, se considera que se habría de tener en cuenta la connotación negativa a nivel psicológico que provoca el nombramiento de un curador en un proceso judicializado a instancia de otra persona, que podría resultar humillante, poco respetuoso e implicar que se tome por el afectado como una sujeción excesiva⁸⁷. Y todo esto, añadido a la esquivada actitud que muestra el legislador a la hora de determinar de manera clara y precisa las posibles causas que pueden dar lugar a una necesidad de apoyo.

2.2.1 Sobre la amplitud de la curatela

En cuanto a la curatela y a la luz de los Comentarios del Anteproyecto publicados en la revista de derecho civil en el 2018, se contempla que adopta un contenido muy amplio, ya que se recogerían en esta única institución todos aquellos casos que fueran desde la más mínima asistencia, hasta aquellos que requirieran ciertas facultades representativas; lo cual sería demasiado para una sola institución y más cuando no se está previendo ningún tipo de regulación que diferencie entre supuestos⁸⁸. Si atendemos a otros sistemas, como podría ser el suizo, podemos apreciar como se establecen diferentes clases de curatela que varían según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación general, y siempre diferenciando entre asuntos personales y patrimoniales⁸⁹.

Por tanto, se considera que sería de mayor valor regular una institución de asistencia

⁸⁵ *Ibid.*, pp.3-4.

⁸⁶ Magariños Blanco, V., “Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.3, p.200.

⁸⁷ *Ibid.*, p.203.

⁸⁸ *Ibid.*, p.201.

⁸⁹ *Id.*

separada de la curatela, ya que esta segunda siempre va a ser más inflexible al hallarse sujeta al procedimiento judicial y pudiendo por tanto causar problemas a la hora de interpretar las medidas⁹⁰. A la luz de esto, autores como DÍAZ ALABART⁹¹ proponen la elaboración de otras figuras, como podría ser la del colaborador tuitivo, que sería una persona encargada de velar por el discapacitado sin llegar a ser su curador. La especialidad de esta figura radicaría en que su válida constitución estaría vinculada al consentimiento de la persona con discapacidad, previendo de cualquier manera algún tipo de sistema de control externo⁹².

2.2.2 Sobre la autorepresentación

Sobre las formas de autorepresentación, entendidas como preferibles en el Anteproyecto, el Foro Europeo de la Discapacidad entiende que aunque está bien abogar por ellas, es necesario que se otorgue formación, apoyo y practica no sólo a las personas discapacitadas sino a toda la sociedad, ya que podrían encontrarse en esta misma situación en un futuro⁹³.

No tan de acuerdo con la implementación de esta figura en el nuevo régimen de igualdad de titularidad y ejercicio de derechos en todas las personas, se encontraría LECIÑENA IBARRA⁹⁴, que establece que debido al extremo al que se lleva el concepto de respeto a la voluntad manifestada, se podría llegar a provocar una justificación en la implementación de las medidas de autoprotección por parte de un sujeto cuyas facultades volitivas o intelectuales estuvieran ya afectadas. Lo cual provocaría que tanto los poderes preventivos, como la autocuratela o cualquier otra forma de autorepresentación, resultasen poco efectivos⁹⁵.

⁹⁰ *Ibid.*, p.203.

⁹¹ Díaz Alabart, S., “ La ley 1/2009 de modificación de la ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad civil*, n.17, 2009, p.1989.

⁹² *Id.*

⁹³ Foro Europeo de la Discapacidad, *op. cit.*, p.2.

⁹⁴ Leciñena Ibarra, A., *op. cit.*, p. 65.

⁹⁵ *Id.*

2.2.3 Sobre la comunicación de la voluntad de la persona con discapacidad

Finalmente, tal y como se recoge en el Anteproyecto, la regla general es que la encargada de tomar sus decisiones es la propia persona con discapacidad. De hecho, aun cuando esta tuviera dañadas sus aptitudes de manera intensísima, se deberá incluirla en la toma de las decisiones tanto como sea posible⁹⁶. De acuerdo con esta postura, el Foro Europeo sobre la Discapacidad establece ciertos métodos para superar los problemas de comunicación que pudieran tener las personas con discapacidad para compartir sus preferencias, sobretodo aquellas con discapacidad intelectual⁹⁷. Se pretende que se reconozca que toda forma de comunicación es válida, no pudiendo ser el fundamento que justifique el cuestionamiento de la capacidad de tomar decisiones⁹⁸. A modo de ejemplo, establece la posible representación del bienestar que puede tener el ritmo de la respiración de una persona discapacitada.

IX. CONSIDERACIONES PERSONALES

Tras este análisis y como observaciones personales, me gustaría hacer un breve inciso y plantear la siguiente cuestión. La sustitución en la toma de decisiones o el apoyo en las mismas son medidas para proteger los derechos, que de no establecerse correctamente, podrían dejar sin sentido al contenido de los mismos. Ya que si una persona con discapacidad no tiene los apoyos que necesita en el nivel necesario, ¿cómo podría ejercitar sus derechos?

Es por esta razón que yo considero esencial atender y analizar la posible merma de facultades o autogobierno que puede estar causando la enfermedad. Lo cual no implica que se dejen de lado las circunstancias personales de este individuo y mucho menos que no se respete su voluntad y preferencias en la medida de lo posible. Por otra parte, considero que basándonos únicamente en las circunstancias personales estaríamos aumentando el riesgo

⁹⁶ Anteproyecto, exposición de motivos, apartado III.

⁹⁷ Foro Europeo de la Discapacidad, *op. cit.*, p.5.

⁹⁸ *Id.*

de acabar en una desprotección de la persona con discapacidad.

Pienso que se debería plantear un nuevo régimen basado en el modelo establecido por la OMS, el bio-psico-social, ya que coincido con los mismos en que limitar el fenómeno de la discapacidad únicamente a cuestiones médicas o sociales, resulta cuanto menos ineficaz e insuficiente. De esta manera, se debería establecer un sistema de apoyos lo suficientemente amplio como para que ninguna persona se halle desprotegida o por el contrario, limitada en sus derechos. Al igual que en otros ordenamientos habría que plantearse el desarrollo de nuevas figuras de protección en función del grado de apoyo, y no regularlo únicamente a través de la gradación de la curatela. Finalmente, considero que las instituciones de tutela y patria potestad prorrogada deberían plantearse para los casos más extremos de falta de autogobierno, es decir, aquellos en los que las facultades volitivas e intelectivas del individuo sean prácticamente nulas.

X. CONCLUSIONES

En la introducción además de plantearse cuál sería el estudio del presente trabajo, examinar el ejercicio de la capacidad jurídica por los propios discapacitados en igualdad de condiciones, se planteaban las siguientes cuestiones: ¿resulta posible que las personas con discapacidad adopten solas sus propias decisiones? ¿Hasta qué punto resultaría razonable la eliminación de instituciones como la patria potestad y la tutela para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad? Estas son las conclusiones:

1. La actual regulación española, a pesar de los avances jurisprudenciales, deja claro que no cree en la posibilidad de un sistema en el que las personas con discapacidad adopten solas sus propias decisiones. Partiendo del modelo médico entiende que independientemente de las circunstancias personales, no se puede obviar la necesidad de analizar la posible falta de autogobierno que la enfermedad pueda ocasionar en el individuo, ya que sólo así podremos determinar correctamente el grado de protección necesario. En casos extremos de falta absoluta de autogobierno acepta la constitución de instituciones de sustitución en la toma de decisiones, como serían la tutela o la patria potestad prorrogada. De cualquier manera, al

entender que debe haber un equilibrio entre autonomía y protección, jurisprudencialmente se ha ido estableciendo la curatela como medida habitual, dejando la tutela como medida última.

2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al igual que el Anteproyecto por el que se pretendía la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad creen firmemente en la posibilidad de un sistema en el que las personas con discapacidad adopten solas sus propias decisiones. Basándose en el modelo social entienden que no puede privarse a una persona de la titularidad y ejercicio de sus derechos debido a su enfermedad. Establecen que es la sociedad la que fomenta las limitaciones de estas personas y aboga por un sistema de apoyos que sea mínimamente intrusivo en sus derechos y elecciones, descartando la posibilidad de una sustitución en la toma de decisiones, al ser lo primordial la autonomía del individuo. De esta manera, resulta obligatorio que el asistente atienda y escuche lo que realmente quiere la persona con discapacidad. En cuanto al establecimiento de los apoyos, ha de desarrollarse teniendo en cuenta las circunstancias personales del individuo.

3. Existe un progresivo envejecimiento de la población y resulta incuestionable que el paso de los años afecta a las facultades de las personas, pudiendo llegar incluso a mermar su capacidad natural de manera completa, de tal manera que no fueran capaces de decidir por ellas mismas y necesitarán de instituciones de sustitución. Además, con la implantación del modelo social la eficacia de los mandatos preventivos y autocuratelas puede verse afectado al entender de manera muy extensa el concepto de respeto a la voluntad manifestada.

5. A mi juicio, se trata de una cuestión en constante desarrollo y conviene tener presentes otros puntos de vista como el establecido por la OMS, que defiende una combinación del modelo social y médico. De todas formas, a pesar de los diferentes enfoques el objetivo es el mismo, la mayor protección e integración de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

1.LEGISLACIÓN

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Ratificación 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 abril 2008).

2.JURISPRUDENCIA

STS Sala Primera de lo Civil, n.282/ 2009, 29 abril de 2009 [versión electrónica-base de datos V/ex. Ref. STS 2009/282]. Fecha de la última consulta: 20 abril de 2020.

STS Sala Primera de lo Civil, n.362/2018, 15 de Junio de 2018 [versión electrónica-base de datos V/ex. Ref. STS 2018/362]. Fecha de la última consulta: 20 abril de 2020.

3.OBRAS DOCTRINALES

Anguita Ríos, R.M., “ La protección del discapacitado no incapacitado”, *Diario La ley*, n.8165, pp.1-9.

“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.

Asís Roig, R., “Sobre la capacidad” en Bariffi, F. Y Palacios, A. (coord.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2012, pp.13-29.

Cabezas Moyano, A. y Fábrega Ruiz, C., *Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad*, Fundación Jiennense de Tutela, Jaén, 2007.

Díaz Alabart, S., “ La ley 1/2009 de modificación de la ley del Registro civil y de la Ley de

Protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Actualidad civil*, n.17, 2009, pp.1989-2000.

Leciñena Ibarra, A., “ Envejecimiento y discapacidad: La provisión de apoyos en la toma de decisiones a la luz de la futura reforma de la legislación civil y procesal”, *Notario del siglo XXI*, n.87, 2019, pp.62-67.

Magariños Blanco, V., “Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del código civil sobre discapacidad ”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, pp.199-225

Miguel Alhambra, L., “La valoración de la capacidad como instrumento de protección de la autonomía del anciano”, *Notario del Siglo XXI*, n.86, 2019, pp.52-57.

Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, “Guía de formación: serie de capacitación profesional”, *Naciones Unidas*, N°19, 2014, pp.1-147.

Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plantación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

Ruiz de Huidobro, J. M., *Derecho de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010.

Valencia, L. A., *Breve historia de las personas con discapacidad: De la Opresión a la Lucha por sus Derechos*, Editorial Academia Española, Madrid, 2018.

Velarde Lizama, V., “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Empresa y Humanismo*, vol. XV, n.1,2012, p.125-136.

4.RECURSOS DE INTERNET

Consejo General de la Psicología en España, “Pasado y presente de la discapacidad: Nueva ley General de la Discapacidad”, *Infocop online*, 2014(disponible en

http://www.infocop.es/view_article.asp?id=5001&cat=44#inicio; última consulta 18/04/2020)

Cuenca Gómez, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III Madrid (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19335#preview>; última consulta 18/04/2020)

Foro Europeo de la Discapacidad, “ Propuesta de posicionamiento: Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones”, 2008(disponible en https://studylib.es/doc/173569/edf_doc-aga-08-05-02_sistema-de-apoyo-en; última consulta 20/04/2020)

Ganzemuller Roig, C., “ De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el derecho interno” (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=33547>; última consulta 18/04/2020).

OMS, “Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health”, Ginebra, 2002, (disponible en <https://www.who.int/classifications/icf/icfbeginnersguide.pdf>; última consulta 18/04/20)

ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: informes iniciales presentados por los Estados”, 2010 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es última consulta 18/04/2020).

ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones”, 2011 (disponible en

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=es; última consulta 18/04/2020).

ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general N°1 2014 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, 2014 (disponible en <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observación-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> ; última consulta 18/04/2020).

ONU: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre los informes periódicos”, 2019 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es; última consulta 18/04/2020).

Palacios, A., Consultation on key legal measures for ratification and implementation of the convention on the rights of persons with disabilities, Ginebra, Palais des nations Room XXI, 2008 (disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9900#preview>; última consulta 18/04/2020).