



FACULTAD DE DERECHO

**DE LA INCAPACITACIÓN A LA
CAPACIDAD MODIFICADA
JUDICIALMENTE**

Ana María Martín Méndez

4º E-1 BL

Derecho Civil- Derecho de personas

José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto averiguar cuáles son los cambios tanto jurídicos como doctrinales que se están llevando a cabo en los últimos años acerca de la capacidad modificada judicialmente. Considerando si más allá del cambio de denominación se ha producido algún cambio sustantivo en su régimen.

Se realizará una delimitación del término de discapacitado y sus graduaciones, así como el análisis de la evolución social y jurídica de las personas con discapacidad. También se presenta un estudio sociológico y demográfico para averiguar la realidad a la que se debe dar respuesta.

El hito que ha dado paso a toda la revisión legal es la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, se analizará dicho texto resaltando los puntos más relevantes para el régimen jurídico de la capacidad modificada judicialmente.

A través del análisis de la legislación nacional y jurisprudencia actuales se estudiará cómo se ha adaptado España a la Convención. Se analizarán los medios de protección que el ordenamiento ofrece, así como el proceso de modificación de la capacidad y, finalmente, cuáles son las dificultades que se han encontrado para adaptarla a nuestro ordenamiento.

Palabras Clave: Capacidad modificada judicialmente, incapacitación, discapacitado, capacidad de obrar, capacidad jurídica, ejercicio de la capacidad jurídica, medios de protección social, medios de protección civiles.

ABSTRACT

This thesis aims to find out what are the legal changes as well as the doctrines that have been carried out in recent years about judicially modified capacity. Not only about the change of denomination, but there have also been some substantive changes in his regime.

It is made a delimitation of the term of disabled and its graduations, as well as the progressive evolution in the social and legal vision of people with disabilities. It is also presented a sociological and demographic study to find out the reality which needs an answer.

The milestone that has given rise to all legal review in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, The text is analysed by highlighting the most relevant points for the legal regime of judicially modified capacity.

Through the analysis of the national legislation and the current jurisprudence, it was studied how Spain has adapted to the Convention. It is analysed the means of protection that the ordering offer as well as the process of the modification of the capacity and, finally, what are the difficulties that have been found to adapt it to our order.

Key Words: Judicial capacity, incapacitation, disability, ability to act, legal capacity, exercise of legal capacity, means of social protection, means of civil protection.

ÍNDICE

Introducción	6
1. Estudio demográfico de personas con discapacidad.....	8
2. Discapacidad.....	11
2.1 Régimen de la Capacidad de obrar	13
2.1.1 Discapacidad en sentido amplio.....	15
2.1.2 Discapacidad en sentido estricto	15
2.1.3 Capacidad modificada judicialmente	15
3. Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad....	18
3.1. Antecedentes de la Convención.....	20
3.2 Capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica: Art. 12 CIDPD .	22
4. Adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención.....	24
4.1 Medios de protección a personas discapacitadas.....	25
4.1.1 Medios Sociales	25
4.1.2 Medios Civiles	27
4.2 Procedimiento de modificación de la capacidad	34
4.2.1 Ley de Enjuiciamiento Civil.....	34
4.2.2 Ley de jurisdicción Voluntaria	38
4.3 Aplicación de la Convención.....	40
4.3.1 Interpretación del TS del artículo 12 de la Convención	40
4.3.2 Interpretación del Derecho a sufragio	42
4.3.3 Interpretación del Derecho a la educación inclusiva.....	45
5. Valoración Personal.....	48
6. Conclusiones.....	52
7. Fuentes de Estudio	54
Bibliografía.....	54

Legislación	55
Sentencias.....	55
Internet	56
8. Anexo I.	57

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDPD	Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Sistema Electoral General
LPAP	La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia
LPPPD	Ley 41/2006 de protección patrimonial de las personas con discapacidad
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha producido un cambio en la concepción de las personas con discapacidad, hemos pasado de un modelo médico a un modelo social o asistencial, en el que se procura integrar a las personas que padecen alguna minusvalía en la sociedad.

El cambio de en la denominación de la tradicional incapacitación a la actual capacidad modificada judicialmente es lo que ha dado pie a la elección de este trabajo. Junto con el contacto con personas con discapacidad en el ámbito familiar.

Este trabajo consistirá en averiguar el porqué de dicho cambio en la denominación y determinar los efectos a los que puede llegar a producir en el régimen legal de la capacidad de obrar.

Para ello se ha llevado a cabo el análisis del Derecho positivo, especialmente en materia de Personas y en cuyo contenido se incluya alguna especialidad sobre las personas con discapacidad. Así como el estudio de jurisprudencia y doctrina sobre la nueva concepción de las personas con discapacidad.

Se utilizará a lo largo del trabajo la nueva denominación. Es posible, sin embargo, que al analizar leyes que aún contengan la nomenclatura anterior, se utilice en el trabajo el término antiguo de incapacitación o incapaz.

Se hará especial hincapié en la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebrada en 2006, texto que ha dado pie a toda la revisión tanto legal como doctrinal sobre las personas con discapacidad.

El trabajo comienza presentando un estudio demográfico sobre la proporción de población de personas que sufren algún tipo de discapacidad, así como el porcentaje de personas que tienen dicha capacidad declarada judicialmente. Continúa con la delimitación del término de discapacidad y la explicación del régimen actual y vigente en España de la capacidad de obrar y de la capacidad modificada judicialmente. El análisis de la Convención será el siguiente punto de estudio para observar qué cambios establece. Se tratará de analizar cómo ha adaptado o como está siendo adaptada la Convención al ordenamiento jurídico español, a través del estudio de los medios de protección a personas con discapacidad y del proceso de modificación de la capacidad, actualmente vigentes. Por último, se analizará cómo aplica España la Convención a través del análisis de

jurisprudencia y de aquellas cuestiones en donde se han encontrado controversias en su aplicación.

Finalmente, se presentan las conclusiones alcanzadas junto con una valoración personal sobre el estudio.

1. ESTUDIO DEMOGRÁFICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Antes de estudiar su régimen jurídico conviene analizar la realidad social a la que hay que ofrecer solución. Se presenta un breve estudio sociológico y demográfico sobre personas con discapacidad y su grado de integración en la sociedad.

La tabla 1 señala la proporción de personas discapacitadas en la Unión Europea. Los datos indican que entre el 16% y el 20% de la población tiene una discapacidad moderada, esto es como se estudiará más adelante, con menos del 33% de minusvalía psíquica y 65% física o sensorial; por otro lado, entre el 8% y 9% de la población tiene incapacidad severa superando los porcentajes anteriores de minusvalía.

¹Tabla 1:

	Mujeres			Hombres		
	Sin limitación	Con limitación moderada	Con limitación severa	Sin limitación	Con limitación moderada	Con limitación severa
Alemania	63,6	25,4	11,0	67,7	22,5	9,8
Austria	68,6	21,2	10,2	72,5	18,4	9,1
Bélgica	74,1	16,8	9,1	79,1	13,8	7,1
Bulgaria	80,5	15,4	4,1	84,1	12,5	3,4
Chipre	78,7	12,7	8,7	80,6	12,2	7,2
Croacia	68,4	23,5	8,1	72,1	20,1	7,8
Dinamarca	69,2	23,1	7,8	74,1	20,2	5,7
Eslovaquia	63,9	25,1	11,0	72,7	19,1	8,2
Eslovenia	68,8	21,1	10,1	72,4	18,9	8,8
España	72,7	21,2	6,1	79,0	16,3	4,7
Estonia	64,5	24,9	10,5	70,4	21,8	7,8
Finlandia (*)	62,3	30,4	7,4	69,5	23,6	6,9
Francia	73,2	17,2	9,6	77,3	14,5	8,2
Grecia	74,5	13,2	12,3	79,2	11,7	9,1
Hungría	70,1	21,3	8,6	77,2	15,9	6,9
Irlanda	82,3	11,9	5,7	82,9	11,8	5,4
Italia	66,8	22,4	10,7	73,2	18,2	8,6
Letonia	58,6	30,1	11,4	67,8	23,7	8,5
Lituania	71,0	19,6	9,5	77,9	15,4	6,7
Luxemburgo	74,6	16,6	8,9	78,0	15,2	6,8
Malta	87,4	9,0	3,6	90,2	7,1	2,7
Países Bajos	63,6	29,9	6,5	74,2	20,9	4,9
Polonia	74,3	17,6	8,2	77,7	14,3	8,0
Portugal	70,0	19,5	10,5	78,9	13,2	7,9
Reino Unido	76,8	12,0	11,2	80,1	10,7	9,2
República Checa	74,2	19,2	6,6	77,6	16,3	6,1
Rumanía	69,3	21,0	9,7	78,9	14,4	6,7
Suecia	76,3	15,1	8,6	81,9	12,6	5,5
Unión Europea (28 países)	70,5	20,0	9,5	75,7	16,4	7,9

¹ Fuente: Eurostat año 2013: Limitaciones de actividad en los países europeos en 2013 según la encuesta sobre Ingresos y Condiciones de Vida (Proporción de la población de 16 años)

La situación en España, según la información de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia 2008 elaborada por el INE, hay 3,85 millones de personas que declaran tener alguna discapacidad, el 59,8% son mujeres. Las tasas de discapacidad por edades son ligeramente superiores en los hombres hasta los 44 años y a partir de los 45 se invierte la situación, creciendo esta diferencia a medida que aumenta la edad.

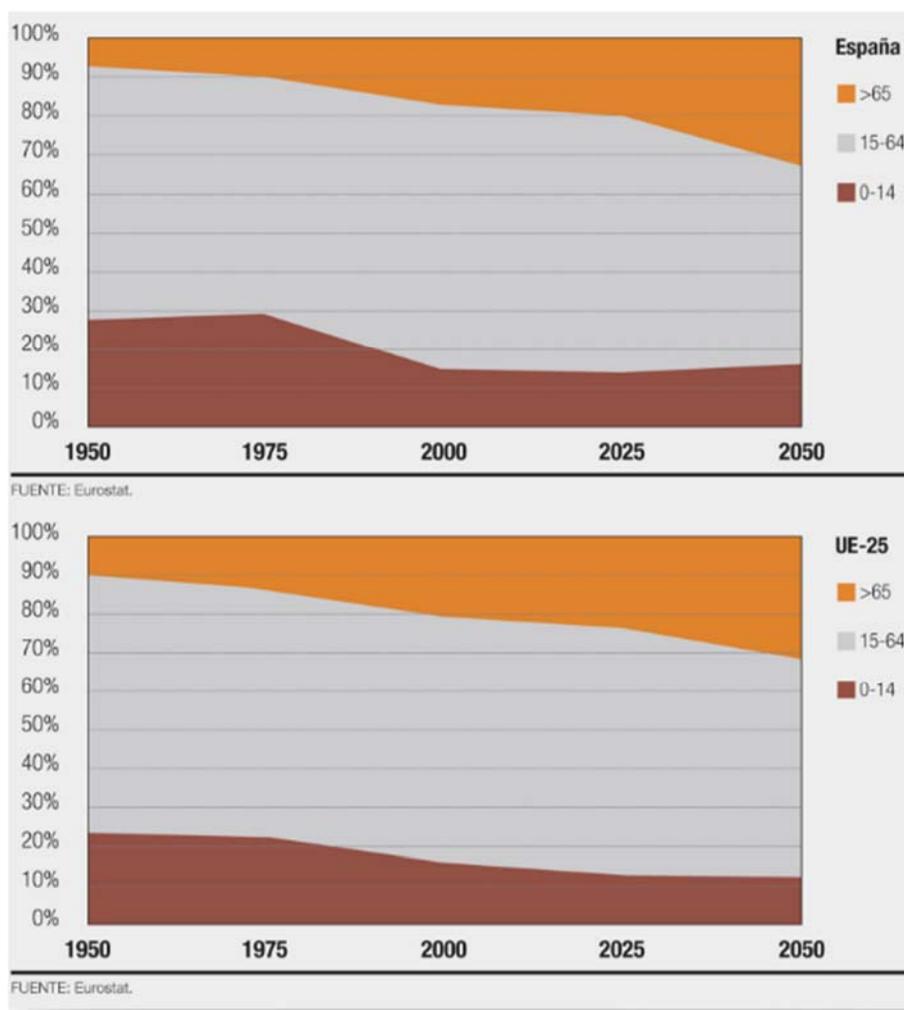
La Tabla 2 señala el número de personas con la discapacidad reconocida administrativamente, es decir con la capacidad modificada judicialmente, según sexo y grandes grupos de edad. Uno de los medios civiles que establece nuestro ordenamiento. De estos datos se deduce, teniendo en cuenta que el número de discapacitados en España asciende a más de 2.800.000 de personas y hay declaradas alrededor de 2.500.000, lo que deja a 300.000 personas *de facto* discapacitadas y sin declarar judicialmente. Se estudiarán las ventajas que proporciona la capacidad declarada judicialmente.

² Tabla 2:

Grupo de edad	Número de personas			Prevalencia (por 1.000 habitantes)		
	Hombres	Mujeres	Ambos sexos	Hombres	Mujeres	Ambos sexos
0-16	52.933	30.445	83.378	13,03	7,92	10,55
17 a 33	105.689	72.000	177.689	22,52	15,75	19,18
34 a 50	272.408	206.077	478.485	40,78	31,92	36,43
51 a 67	411.926	380.381	792.307	89,21	78,72	83,85
68 a 84	329.141	402.750	731.891	130,02	124,42	126,88
85 y más	91.765	209.396	301.161	228,08	247,90	241,50
Sin datos	27	14	41			
Total	1.263.889	1.301.063	2.564.952	54,99	54,70	54,84

Por otro lado, hay que tener en cuenta el progresivo envejecimiento de la población. Como se observa en la tabla anterior a medida que la edad va avanzando se incrementa el número de personas con incapacidad declarada, debido a que hay mayor posibilidad de enfermedad o al desgaste natural de la salud.

² Fuente: Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad actualizada a 1 de enero de 2014 – Personas con discapacidad administrativamente reconocida según sexo y grandes grupos de edad (números absolutos y prevalencia por 1000 habitantes) en España

³Tabla 3:

Se producirá un aumento de la población mayor de 65 años en los próximos 50 años, tanto en España como en la media de Europa, llegando a superar incluso el 30% de la población en los próximos 50 años. Aunque es evidente que la medicina también evolucionará habrá más personas con posibilidad de que se les modifique su capacidad judicialmente o que deban acceder a alguna de las vías civiles de protección o asistencia. Por tanto, debe ser desarrollado un buen sistema de protección y sobretodo que esté al alcance de todos.

³ Fuente: Eurostat - Comparativa del crecimiento de la población mayor entre España y la UE

2. DISCAPACIDAD

La Real Academia define a la persona discapacitada como aquella: *“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.”*

Se trata, por tanto, de un término amplio con posibilidad de graduación. En cualquier caso, se trata de una persona que por carencia o defecto no puede realizar algo que de no tener dicha discapacidad sí podría hacerlo.

En la regulación española, la protección a estas personas encuentra su base en el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española (CE) donde se establece que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

Si bien es cierto que la CE no habla en este artículo de las personas con discapacidad de manera explícita, en el último inciso del artículo: *de cualquier condición o circunstancia personal* se puede incluir el estado de la salud. Por tanto, las personas con discapacidad quedan amparadas por el principio de igualdad y prohibición de discriminación de la CE.

En el artículo 15 CE se establece el derecho a la vida y a la integridad física, íntimamente relacionados con la salud. Por último, el art. 43 reconoce el derecho de protección a la salud. También cabe especial mención el art. 49 CE:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Este último artículo implica una amplia protección a discapacitados a través de 3 principios de protección, ya que se encuentra entre los derechos del Título I CE: Un defensor del pueblo asignado en virtud del art. 54 CE para defender a este grupo de derechos; Prohibición de adopción de Decretos-Leyes aun cuando sean casos de extraordinaria y urgente necesidad; e información de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, en el reconocimiento, respeto y protección.

Con la CE se produce un cambio en las políticas sociales en materia de discapacidad y se inicia un proceso que culmina 4 años después con un hito legislativo: la aprobación

de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Dicha Normativa sienta las bases de la integración de estas personas, instando al Estado a garantizar “*la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad social*”⁴, y conforma un marco legal a partir del cual comienzan a articularse las principales Leyes relacionadas con la Discapacidad.⁵

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, se moduló el rígido sistema de incapacitación que se tenía con anterioridad a la CE, que recogía el Código Civil de 1889. En él se consideraba como único régimen de guarda de personas con discapacidad a la tutela, que se aplicaba tanto a las personas con discapacidad muy severa como a quienes solo tenían debilidad debido a cierto retraso mental. Esta ley adaptó el sistema de incapacitación a los nuevos parámetros de la CE, el reconocimiento de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos inherentes inviolables a toda persona, en definitiva, establecía los criterios que permitían la protección a personas más vulnerables. Se añade con esta ley la figura de la curatela, otro medio de protección menos estricto que la tutela.⁶

Con la CE se pasa a un nuevo modelo de protección funcional o administrativo en el que se le atribuye un papel protagonista a los poderes públicos mediante la asunción de la tutela por un órgano administrativo ad hoc en caso de que la patria potestad o tutela no se cumplan debidamente.⁷

La visión de la discapacidad ha sufrido a lo largo de los últimos años un proceso de cambio en la manera de abordarlo jurídicamente. Hasta los años 80, tras, la discapacidad se trataba a través de un modelo médico o asistencial en el que punto de partida era la

⁴ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE 30 de abril) Art. 3

⁵ “*Pasado y presente de la discapacidad: Nueva Ley General de Discapacidad*” Consejo General de la Psicología de España, 27 de marzo de 2014 (disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=5001; última consulta 23/03/17)

⁶ García Alguacil, M.^a, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus, Madrid, 2016. p. 13

⁷ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Manual de Derecho Civil parte general*. Dykinson S.L., Madrid 2012. p. 180.

enfermedad y por tanto se buscaba la declaración de incapacidad total en la mayoría de los casos. Con la Ley

13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela se introducen severos cambios. El punto de partida de la incapacidad pasa a ser la incidencia de dicha enfermedad o deficiencia física o psíquica en la capacidad de autogobierno de la persona, se evita la equiparación de algunas enfermedades y solo se da relevancia a aquellas que afecten al autogobierno de la persona.

Más adelante, con la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el año 2003 se introduce por primera vez el término discapacitado, más genérico y respetuoso, pues anteriormente se hablaba de minusválido, incapaces, deficientes, locos u otros nombres de carácter más peyorativo.⁸

Tras la aprobación de estas leyes la sociedad comienza a pasar a un modelo social de atención a la discapacidad, que se consolida con la Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD o Convención) del año 2006. Donde el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades e igualdad de trato frente al resto de la sociedad, dando una serie de prestaciones sociales y medios de protección tanto civiles como sociales. La Convención sostiene la regulación de la discapacidad como un asunto de derechos humanos.

2.1 Régimen de la Capacidad de obrar

Antes de comprobar los cambios normativos en materia de capacidad modificada judicialmente a raíz de la Convención, cabe estudiar los conceptos básicos del Derecho de Personas en relación con la discapacidad. Pues es posible que la Convención llegue a afectar a las mismas bases de nuestro régimen de la capacidad de obrar.

El sistema español diferencia la capacidad jurídica de la capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad genérica para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, para ser sujeto de relaciones jurídicas. Todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, desde el momento del nacimiento, tienen capacidad jurídica,

⁸ García Garnica. M.C., *Título IX: de la incapacidad*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Comentarios al Código Civil Tomo II*. Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2013. p. 2.044

son aptos para ser titulares. Lo cual no significa que sean aptos para la titularidad actual de determinados derechos. Aunque la persona no tenga ninguna propiedad, no es titular actual, pero sí que tiene capacidad jurídica, sí que se tendrá posibilidad de ser titular de derechos, en algún momento. Pero en todo caso un ser humano será siempre titulares de los derechos de la personalidad. Son principios del libre desarrollo de la persona. En palabras de Lasarte: “*la capacidad jurídica no es susceptible de graduaciones; se tiene o no se tiene; se es persona o no*”.⁹

La capacidad de obrar, por otro lado, es la aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos o ejercitar derechos. La capacidad de obrar depende de la capacidad natural de la persona, es decir, de su grado de discernimiento. La capacidad natural se determina de manera extrajurídica, son las realidades psíquicas físicas y biológicas del individuo, como es la edad, el estado de salud, las enfermedades que afectan a la capacidad de autogobierno de la persona. La capacidad de obrar es la capacidad natural reconocida jurídicamente.¹⁰

En la práctica, la falta de capacidad natural ha de probarse en el momento de realización del acto concreto de que se esté tratando, mientras que la falta de capacidad de obrar queda ya probada si el individuo se encuentra en uno de los estados civiles de la capacidad de obrar.

Si bien se ha visto que los discapacitados son objeto de protección por el ordenamiento jurídico, la discapacidad no es un término absoluto, sino que admite graduación, no todos serán protegidos de la misma manera. No sufre la misma falta de capacidad la persona en muletas por una rotura de ligamento que una persona esquizofrénica o una persona con depresión que una persona con síndrome de Down.

Ruiz de Huidobro¹¹ divide en 3 grupos los distintos grados que admite el término de discapacidad: discapacidad en sentido amplio, en sentido estricto y capacidad modificada judicialmente.

⁹ Lasarte, C. *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Marcial Pons, Madrid, 2010. p. 150

¹⁰ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. p. 156-159

¹¹ *Ibidem*. p. 243

2.1.1 Discapacidad en sentido amplio

Se trata de un término que engloba a todas las personas con discapacidad que merecen protección jurídica. La CIDPD en su Propósito 1 incluye en el ámbito de discapacitado:

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.

Utiliza por tanto un criterio amplio que engloba a toda persona que tenga una mínima discapacidad o dificultad para integrarse en la sociedad.

2.1.2 Discapacidad en sentido estricto

La Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (BOE 20 de noviembre) (LPPPD) aplica un concreto criterio para definir a las personas que tienen una discapacidad o minusvalía en su art. 2. La ley a su vez modificó el Código Civil (CC) indicando en su Disposición Adicional cuarta que se utilizara dicho criterio para interpretar y definir lo que es la discapacidad.

Dicho criterio implica que una persona será considerada discapacitada cuando se vea afectada por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 % o una minusvalía física superior al 65%.

2.1.3 Capacidad modificada judicialmente

Se trata propiamente de la reducción o limitación de la capacidad de obrar por sentencia judicial. Viene recogido en el art. 199 del CC, se modifica de esta manera el estado civil e incluso el poder que tiene la persona sobre determinados bienes. La razón última de declarar la incapacitación es la imposibilidad de la persona de gobernarse por sí mismo.

Es una persona que debido a enfermedad o deficiencia hay determinadas actividades que no puede realizar o decisiones que no puede tomar porque no es capaz de discernir la

realidad o de velar por sus propios intereses. Se le nombrará, como se verá más adelante, en su caso, a un cargo tuitivo (patria potestad prorrogada, tutor, curador, defensor judicial...) o se tomará cualquiera de las medidas de protección que el ordenamiento jurídico presenta, para suplir esta falta de capacidad.

Realmente, no se encuentra en este artículo una definición de capacidad modificada judicialmente, sino que se nos indica los requisitos necesarios para adoptarla, debe ser declarada por sentencia judicial y las causas para declararlas además estarán establecidas por la ley.

Tres son las conclusiones que se derivan según García Garnica¹² de este artículo:

En primer lugar, que la discapacidad queda claramente diferenciada de la falta o limitación de la capacidad de obrar, cabe la posibilidad de padecer una discapacidad o enfermedad pero que la capacidad de obrar no quede limitada.

En segundo lugar, la modificación de la capacidad es graduable, el juez deberá para cada caso concreto limitar la capacidad de obrar de acuerdo con la enfermedad o situación del discapacitado y su grado de autogobierno. Según el grado de intensidad, la modificación de la capacidad declarada podrá ser total o parcial.

Y, en tercer lugar, se le asignará un medio de protección para suplir esa falta de capacidad, que será a través de una institución protectora: la tutela, la curatela o el defensor judicial.

Una persona con la capacidad modificada totalmente será privada de su capacidad natural o quedará muy restringida y se le dará la protección más intensa mediante la patria potestad prorrogada o tutela que consistirá en la guarda de la persona, la administración de sus bienes y la representación legal. Por otro lado, la capacidad modificada parcialmente implicaría privar a la persona de su capacidad natural en cierta medida, se declararía su incapacidad para realizar solo ciertos actos jurídicos de mayor complejidad o trascendencia, y el medio de protección sería la curatela que implicaría la asistencia por parte de un tercero, o los padres, a la hora de realizar los actos jurídicos que expresamente consten en la sentencia. La modificación de la capacidad total conlleva la representación

¹² García Garnica. M.C., *Título IX: de la incapacitación*. Cit. p.2.042

del incapaz por parte de otra persona, mientras que la modificación parcial implica solo asistencia de un tercero.¹³

El artículo 199 CC establece reserva de ley para las causas de modificación de la capacidad, que son nombradas en el art. 200 CC: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. Se trata de unas causas muy genéricas que abarcan muchos más casos, no se trata de una lista cerrada, sino que muchos tipos de enfermedad quedan protegidos por el artículo, produce no obstante cierto grado de inseguridad jurídica, pero es más flexible. A tenor de este artículo observamos que son 2 los requisitos que debe reunir una enfermedad o deficiencia para que la persona que la padezca sea objeto de modificación de su capacidad: que dicha anomalía sea persistente y que impida a la persona gobernarse por sí misma.¹⁴

La enfermedad o deficiencia debe verse desde un punto de vista de la salud, son patologías y afecciones que alteran el estado de la salud de la persona. Corresponderá al médico valorar y determinar la enfermedad y sus efectos. El art. 795.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece la obligación de dictamen médico pericial previo a la incapacitación de la persona. En cuanto al carácter duradero de la anomalía, basta con una duración suficiente, de permanencia hacia el futuro¹⁵, no ha de confundirse con permanente o irreversible, la sentencia de modificación de la capacidad deberá ser conforme en cada caso a la posibilidad que tiene la persona de recuperación o de reducción de la falta de capacidad (art. 761 LEC).

El CC establece a continuación la modificación de la capacidad de los menores en su art. 201. Hay que tener en cuenta que los menores no tienen la capacidad de obrar plena, pero sí que tienen una gradualidad evolutiva. Conforme se vayan acercando a la mayoría de edad la ley les permite hacer más actos jurídicos, aunque hay bastante inseguridad jurídica al respecto, pues no acaba de quedar claro cuáles son esos actos. La modificación de la capacidad de obrar del menor tiene como objeto que la protección que

¹³ Ruiz de Huidobro, J.M. *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. p. 246

¹⁴ García Garnica. M.C., *Título IX: de la incapacitación*. Cit. p. 2050

¹⁵ STS 119/1996 de 19 febrero. RJ 1996\1413 (a través de: García Garnica. M.C., *Título IX: de la incapacitación*. Cit. p.2.052)

se le otorgue se mantenga durante su minoría de edad y una vez pasada la mayoría de edad. La patria potestad quedará prorrogada una vez pasados los 18 años. Como especialidad de la modificación de la capacidad de los menores, está la legitimación activa la cual queda reservada a los padres o tutor (art. 757.4 LEC), mientras que en los mayores de edad la legitimación activa es mucho más amplia como se estudiará más adelante. Es indispensable también que esa anomalía que padezca el menor, como establece el art. 200 CC sea persistente, es decir que vaya a mantenerse una vez alcanzada la mayoría de edad.

El declarado pródigo es otro tipo de limitación de la capacidad. Este estudio se centrará en personas con la capacidad de obrar modificada debido a enfermedad o deficiencia física, los incapaces por causas del art. 200 CC. El declarado pródigo es aquella persona que por su conducta personal derrocha o malgasta sus bienes propios de forma desordenada. Lo cual no es propiamente una incapacidad, esta sometido a curatela y no a tutela y la posibilidad de reclamarla esta notoriamente limitada (art. 294 CC y 757.5 LEC).

3. CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD o la Convención) se celebró el 13 de diciembre de 2006 y su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006. Se trata del acontecimiento que ha dado pie a toda la profunda revisión tanto legislativa como doctrinal que se está llevando a cabo en España sobre la visión de las personas con discapacidad. España ratificó la Convención por Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE 21 de abril). La Convención cuenta con 160 Estados firmantes, 92 firmantes del Protocolo Facultativo, 172 ratificaciones de la Convención y 92 ratificaciones del Protocolo.¹⁶

Desde el año 2008 la Convención ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico, surtiendo plenos efectos como norma jurídica interna. Por tanto, sus disposiciones han desencadenado el proceso de revisión y adaptación de nuestras normas.

¹⁶ *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Guía de formación*. Publicación de las Naciones Unidas – Alto Comisionado, Nueva York y Ginebra, 2014 p.23-25

La orientación que toma la revisión es de alcanzar la igualdad plena o al menos lograr el mayor nivel de igualdad real entre personas con discapacidad y como consecuencia conseguir la integración de estas personas en la sociedad, especialmente entre los más desfavorecidos.

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”.¹⁷

Entre los principales fines que procura alcanzar la Convención está el conseguir la igualdad de trato a personas que sufren discapacidad, eliminando barreras para hacer posible el ejercicio de sus derechos y participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, en todas y cada una de las esferas de la vida social. Se pretende al fin y al cabo promover y salvaguardar la autonomía y dignidad de las personas con discapacidad.

La Convención supone también la asunción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, al superar el enfoque asistencial y centrarlo en el respeto pleno a sus derechos en condiciones de igualdad.

En coherencia, la Convención pretende que se establezca una protección adecuada a las personas con discapacidad atendiendo al principio de proporcionalidad, procurando que dichas medidas de protección sean lo menos restrictivas posible. Los Estados firmantes tienen por tanto la obligación de realizar ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad con miras a garantizar la igualdad.

Las personas discapacitadas objeto de la protección de la Convención, son, como se ha estipulado en el epígrafe 2.1.1 del trabajo, toda persona que tenga alguna deficiencia física, mental intelectual o sensorial, con el requisito de que sea a largo plazo. Incluye por tanto a las personas que sufren discapacidad en sentido amplio.

¹⁷ Art. 1.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

3.1. Antecedentes de la Convención

El propósito de la Convención era abordar de una manera más global los problemas a los que se enfrentaban las personas con discapacidad y proteger y promover sus derechos mediante un instrumento jurídico vinculante para todos los países firmantes.

Como hecho originador se encuentra el estudio que se realizó sobre las personas con discapacidad y el sistema de derechos humanos existente, que fue encargado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Se llegó a la conclusión de que no se prestaba la suficiente atención a la promoción y protección de derechos de personas con discapacidad. No había un sistema de protección jurídica concreto y era necesario reforzar ciertos conceptos para reemplazar o aclarar normas, darle un enfoque de derechos humanos.¹⁸

Fueron varias las organizaciones de personas con discapacidad y en general la sociedad civil junto con organizaciones internacionales y académicos los que apoyaban el movimiento y reivindicaban una regulación uniforme y que diera una mayor protección, que movieron la Convención.

En la cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la discapacidad celebrada en Beijing en el año 2000 se planteó la necesidad de una Convención específica para la discapacidad.¹⁹

El Comité Especial celebró ocho reuniones, siendo la primera en agosto de 2002, y la última en diciembre de 2006 en la cual se adoptó el texto de la Convención que posteriormente fue aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006.

Las negociaciones que culminaron con la aprobación de la Convención en diciembre de 2006 tuvieron complicaciones debido a las divergencias que se daban al tratar de incluir o descartar cuestiones sobre a la discapacidad. Las negociaciones fueron a cerca de 3 temas: la perspectiva desde la cual la discapacidad debería ser abordada, el tipo o

¹⁸ “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Guía de formación”. Cit. p.24

¹⁹ Lorenzo García, R. *La Convención, un desafío inaplazable*. Alcaín Ramírez, E. (Dir.) Álvarez Ramírez, G. (Coord.) *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – Delos derechos a los hechos*. Tirant Lo Blanch Homenajes & Congresos, Valencia, 2015

clase de Convención, y el reconocimiento de derechos específicos para las personas con discapacidad en el Tratado.

Respecto a la adaptación en España de la Convención, el comienzo de esta reforma en España se puede establecer en la aprobación de la 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. En la Disposición final primera de esta Ley se establece 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.

Se trata de un mandato al Gobierno para iniciar la revisión normativa, empezando por el cambio de denominación, primera vez que se habla de capacidad modificada judicialmente y no incapacidad en un texto normativo.²⁰

La Convención establece en su art. 33.2 la obligación de los Estados firmantes de realizar un seguimiento de aplicación de la Convención a través de sus organismos gubernamentales. En España se realiza a través del Defensor del Pueblo, institución nacional de promoción y protección de los derechos humanos, y por parte del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) como mecanismo independiente designado por el Gobierno español para el seguimiento de aplicación.²¹

²⁰ García Garnica. M.C., *Título IX: de la incapacitación*. Cit. p.2044

²¹ Jiménez Lara, A. y Huete García, A. (Coords.) *Informe Olivenza 2015, sobre la situación de la discapacidad en España*. Editado por Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015. p.15

3.2 Capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica: Art. 12 CIDPD

El artículo 12 constituye el principio de igualdad ante la Ley de personas con discapacidad, a través de sus 5 párrafos establece las formas de asegurar la efectiva igualdad de condiciones:

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 jurídica²²*

Se habla de “apoyo” a las personas discapacitadas, no de sustitución. El medio de protección debe, por tanto, asistir en la medida de lo posible a la persona con la capacidad modificada. Es preferible la asistencia que la representación o sustitución. Dicha modificación no debe, por tanto, suponer una limitación sino de reducción con su consiguiente apoyo de una persona con completa capacidad de obrar.

De entre los cargos tutelares que se han estudiado en el epígrafe 5.1.2.1, la curatela es el más apropiado atendiendo a la Convención. Pues no representa a la persona con la capacidad modificada, sino que lo asiste en determinados actos, suponiendo un gran apoyo para el discapacitado.

El artículo 12.4 de la Convención reza lo siguiente:

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.

²² Art. 12 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La Convención, realiza una destacable diferenciación entre capacidad de obrar y el ejercicio de la capacidad de obrar. Según Guilarte Martín-Calero²³ supera la dicotomía que se tiene en el ordenamiento jurídico español de capacidad jurídica y capacidad de obrar, instaura una nueva configuración de la capacidad jurídica que únicamente admite variaciones en su ejercicio.

Es necesario un procedimiento que no incida, según la autora, en la capacidad de las personas, como sucede hoy, sino que esté dirigido a constatar la necesidad y proporcionalidad de los apoyos necesarios y que nazca con fecha de caducidad, que no sea de carácter permanente. En todo caso, es preciso prever la duración o, en su caso, la revisión de la medida y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

El juez optará por la figura que se adapte mejor al caso concreto. La medida será proporcional y adaptada a las circunstancias. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Actualmente la LEC, como se explicará más adelante, establece una previsión que obliga al juez a adaptar las medidas al caso concreto, el artículo 760 LEC que expresamente confiere a la autoridad judicial la obligación de determinar el alcance y la extensión de la incapacitación [sic]. Aunque insuficiente para abordar todas las medidas que indica la Convención para apoyar el ejercicio de la capacidad de obrar, sí que supone una adaptación al caso concreto.

Con esta distinción el art.12 de la Convención pretende la consecución de la igualdad de todas las personas con discapacidad en el marco del ejercicio de su discapacidad.²⁴

Se establecen unas garantías y criterios para proporcionar dicho “apoyo” entre los que están el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; impedir los posibles abusos y conflicto de intereses que se puedan producir entre la persona que ostente el cargo tuitivo o tutelar.

²³ Guilarte Martín-Calero, C. *La capacidad para testar y el artículo 12 de la Convención de Nueva York*. Alcaín Ramírez, E. (Dir.) Álvarez Ramírez, G. (Coord.) *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – Delos derechos a los hechos*. Tirant Lo Blanch Homenajes & Congresos, Valencia, 2015.

²⁴ García Alguacil, M.J. *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p.24

El Párrafo 5º del artículo 12 pone de manifiesto una serie de actos considerados personalísimos los cuales deben ser respetados y conferir a la persona aún teniendo la capacidad modificada la libertad de realizarlos con normalidad. Así como de evitar que se produzca un abuso por parte de la institución de “apoyo”.

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.²⁵

Respecto a este artículo, está pendiente todavía su adaptación, así lo establece la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 3 de agosto). Establece la obligación de un proyecto de ley de adaptación normativa, en el cual se deberán establecer las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la libre toma de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen. La adaptación deberá ser sobre el ejercicio de la capacidad de obrar de personas con discapacidad en igualdad de condiciones.²⁶

4. ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL A LA CONVENCIÓN

Se estudiará ahora más en profundidad el sistema de modificación de la capacidad en el ordenamiento jurídico español junto con el análisis de los cambios que se están produciendo al respecto a raíz de la Convención. Se estudiarán los medios de protección a personas con discapacidad, el proceso de modificación de la capacidad de obrar y la jurisprudencia.

²⁵ Art. 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

²⁶ Ruiz de Huidobro, J.M. *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. .Cit p. 242

4.1 Medios de protección a personas discapacitadas

Los medios de protección para las personas con discapacidad se dividirán en dos grandes grupos; por un lado, medios de protección social, donde se engloban una serie de prestaciones que debe dar el Estado, recogidas en diversas leyes y por otro lado los medios de protección civil dentro de los cuales se estudiarán los cargos tuitivos o tutelares.

Los medios civiles son aquellas instituciones que se recogen en el ordenamiento jurídico creadas especialmente para proteger a personas con la capacidad de obrar limitada, se estudiará la capacidad modificada judicialmente, como medio de protección; la posibilidad de crear patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad; y otros medios más específicos recogidos en algunas leyes.

4.1.1 Medios Sociales

Debemos tener en cuenta que vivimos en un Estado de Bienestar donde el Estado debe promover a la población de servicios sociales para garantizar los mismos derechos a los ciudadanos y promover la integración social de todos, de ahí que aporte unos medios sociales especiales para estas personas. Recordemos que actualmente estamos ante un modelo social de atención a la discapacidad. Desde hace tiempo se reclama por parte de determinados colectivos de personas con discapacidad y sus organizaciones una mayor implicación del Estado para promover sus derechos.

Lo que se procura al fin y al cabo es su inserción social. La protección y la adaptación a estas personas a la sociedad fue muy promovida por la CIDPD. Para alcanzar la mayor igualdad de trato de estas personas la Convención promueve que los Estados a proteger, y asegurar a estas personas.

La más destacada y reciente es el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 13 de diciembre), en la cual se han unificado en gran parte toda la legislación anterior en materia de discapacitados. Se trata de una ley de refundición por mandato de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. La Ley se divide en tres partes: del reconocimiento de derechos y obligaciones de los discapacitados, la igualdad de oportunidades y no discriminación y un sistema de infracciones administrativas en caso de incumplimiento.

Esta ley recoge de una forma accesible los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en temas que les afectan muy directamente, como son: las prestaciones sociales y económicas, la protección de la salud, la atención integral, la educación, la autonomía, el derecho al trabajo, la protección social o la participación en los distintos aspectos de la vida de la comunidad.

En los art. 57 y ss. se recogen las obligaciones de los poderes públicos para personas con discapacidad entre los que están la prevención de la salud, proporcionar ayudas técnicas y asegurar determinados derechos económicos y sociales.

El incumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades, regulado en el Título II de la Ley, se produce en supuestos de discriminación o acoso, tanto por los poderes públicos como por empresas o por cualquier ciudadano. Es obligación de los poderes públicos para evitarlo imponer la obligación de cumplir con la accesibilidad y la eliminación de barreras (por ejemplo, obligación de poner ascensor en un bloque de pisos). También medidas de acción positiva como el apoyo de normas para favorecer a personas con discapacidad frente a otras personas (por ejemplo, beneficios fiscales para las empresas que contraten a un trabajador con discapacidad). Así como ayudas económicas y servicios especializados.

Se añade también un sistema de infracciones leves, graves y muy graves por incumplimiento de la ley, tanto a personas físicas como jurídicas.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 1 de enero) (LPAP) donde en su art. 1.1 indica:

La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.

La ley, aunque anterior a la ratificación de España de la Convención, ya preveía una serie de prestaciones en favor de las personas en situación de dependencia, que según en el art. 2.2 engloba “a toda persona que por razón de la edad, enfermedad o discapacidad ligadas a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial precisa de ayuda importante para realizar actividades básicas de la vida diaria.”

Quedan, por tanto, incluidos en el ámbito subjetivo de la ley, no solo las personas mayores de 65 años, sino las personas discapacitadas en general, con especial atención a las personas con discapacidad intelectual.²⁷

Hasta hace unos años la atención a personas en situación de dependencia ha recaído fundamentalmente en el ámbito familiar, con la ley se pretende que estas personas puedan ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía gracias a ayudas del Estado y rebajar la carga familiar facilitando la autonomía personal.

La ley en su art. 3 establece el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se trata de una red de utilización pública que integra de forma coordinada los centros y servicios públicos y privados.

El catálogo de servicios que ofrece la ley se encuentra en el art. 15, que incluye entre otros un servicio de Teleasistencia, un Servicio de Ayuda a domicilio, Servicios de Centro de Día y de Noche, así como un Servicio de Atención Residencial.

Otras leyes que cabría mencionar serían la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.²⁸

4.1.2 Medios Civiles

Entre los medios civiles está los tradicionales estados civiles de incapaz total o parcial. La propia figura de la incapacitación o modificación judicial de la capacidad lo tiene como efecto cambiar de estado civil a la persona. El estado civil son una serie de circunstancias personales, inscribibles, que el ordenamiento jurídico ha considerado otorgar unos derechos y obligaciones específicos para dicha circunstancia como puede ser el matrimonio, la filiación, la nacionalidad, la vecindad civil o la incapacidad.²⁹

²⁷ García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p . 12

²⁸ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. p. 240

²⁹ Lasarte, C. “Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona”. Cit. p.151

Con el actual sistema, la persona que padece una enfermedad, cambia su estado civil de capaz a incapaz hasta que se constituye por sentencia, a partir de que la sentencia sea firme queda constatada erga omnes. Cualquiera que haya sido la causa de la modificación de la capacidad el juez tiene obligación de graduarla caso por caso.³⁰

La capacidad modificada judicialmente es uno de los estados civiles que puede presentar una persona según la persona tenga o no la capacidad limitada. Se inscribiría tras la sentencia de modificación de la capacidad a una persona con incapacidad total o parcial.

En cuanto a la naturaleza de la actual incapacitación, que pasará a ser modificación judicial de la capacidad de obrar, cabría plantearse si seguirá siendo un estado civil o no, dados los principios de la Convención.

Otro de los medios civiles que el ordenamiento ofrece es la creación de patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad, regulados en la LPPPD que introduce la posibilidad de crear este tipo de patrimonios especiales que como indica la exposición de motivos II “serán beneficiarios las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía independientemente que concurra en ellos una sentencia de incapacidad o no”. Utiliza el criterio de la discapacidad en sentido estricto.

Se trata de un patrimonio separado y con objeto de satisfacer las necesidades de su titular. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Habilita también a las personas capaces para adoptar las disposiciones oportunas en previsión de su propia incapacitación.

Cabe destacar los beneficios fiscales que proporciona las aportaciones a título gratuito a este tipo de patrimonios por parte de familiares o personas cercanas a su titular. Se trata de una serie de deducciones que los aportadores pueden realizar en la declaración del IRPF, para así promover la creación y aportaciones a los patrimonios protegidos.

³⁰ Díez-Picazo y Antonio Gullón, L. *Sistema de Derecho Civil – Volumen I Parte General del Derecho civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016 p. 210

Finalmente, existe otro tipo de protección civil que recoge el CC como por ejemplo la imposibilidad de ser testigo en los testamentos a ciegos o a sordomudos o a los que no estén en su sano juicio (art. 681.2º y 4º CC).

4.1.2.1 Cargos tuitivos o tutelares

El estudio de los cargos tuitivos es más apropiado en el estudio del Derecho de Familia, aunque este trabajo versa sobre el Derecho de Personas, cabe realizar una breve aproximación a su contenido ya la razón última o las consecuencias de la capacidad modificada judicialmente es el nombramiento de un tercero que represente o asista a la persona con la capacidad modificada judicialmente y se le someta a un régimen de tutela o curatela. Estos cargos son ejercidos normalmente por personas muy cercanas al presunto incapaz y será en la gran mayoría de los casos un familiar quien lo ejerza. El régimen de capacidad modificada judicialmente queda bastante ligado al Derecho de Familia.

A la persona con la capacidad modificada judicialmente se le asiste con un tercero que, como indica el art. 215 CC, realice la protección de su persona y sus bienes así como la guarda de su persona. El artículo menciona tres tipos de cargos tuitivos: la tutela, la curatela y el defensor judicial.

En palabras de Lasarte³¹ existen 4 notas comunes a estos cargos tuitivos atendiendo a varios artículos del CC al respecto:

1. Los cargos tutelares son obligatorios, aunque el CC prevé varias circunstancias que permiten excusar el desempeño de los mismos (art. 251 CC)
2. El nombramiento de dicha persona para desempeñar el cargo debe y suele recaer en un familiar cercano a la persona con la capacidad modificada judicialmente.
3. Las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares deberán ser inscritas en el Registro Civil con carácter obligatorio, para que terceras personas conozcan las condiciones de la capacidad de la persona. (art. 218 CC).
4. Una vez inscrita la resolución judicial sobre la capacidad, las consecuencias sobre los contratos realizados por el afectado serán los siguientes:

³¹ Lasarte, C. *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Cit. p. 211-212

- a) Los celebrados por las personas sometidas a tutela son nulos de pleno derecho
- b) Los celebrados por personas sometidas a curatela serán anulables
- c) Los celebrados por el tutor sin contar con la autorización judicial cuando esta sea perceptiva, serán nulos.

A) La Tutela

En cuanto a la tutela, su régimen es supletorio al de la curatela y es bastante extenso. Tiene vocación de permanencia y su principal función es la representación legal del incapaz. Además el tutor deberá ejercer la guarda de la persona objeto de la protección así como la administración de sus bienes. El régimen de la tutela además de proteger a las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando la sentencia lo haya previsto, protege también a menores no emancipados que no se encuentren bajo la patria potestad; los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar esta salvo que proceda curatela y a los menores en situación de desamparo art. 222 CC

Los padres están capacitados para determinar por testamento o documento público notarial a las personas que puedan ejercer como tutores de sus hijos menores o incapacitados [*sic*] (art. 223 CC). Además, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente podrá, en previsión de que en un futuro sea objeto de capacidad modificada judicialmente, libremente designar a un tutor (art. 223 párr. 2 CC).

El nombramiento lo realizará el juez siguiendo el orden del art. 234.1 CC donde se establecen las personas que pueden ser tutores, empezando por la designada por el propio tutelado, seguido por el cónyuge que conviva con él, los padres, las personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad y por último, descendiente o ascendiente o hermano que designe el juez. Se observa por tanto la nota 2º común a los cargos tuitivos, la cercanía del tutor hacia el tutelado.

El régimen de tutela garantiza la protección de la persona con capacidad modificada judicialmente no solo con las funciones que otorga al tutor sino con la posibilidad de inhabilitarlo estableciendo en el art. 243 y 244 CC casos en los que una persona no puede ser nombrado tutor, como por ejemplo: los que estuvieren privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad; los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras se cumple la condena; los que tuvieran enemistad manifiesta con el menor o

incapacitado etc... Son causas extensas. Además, los padres del menor o incapacitado podrán inhabilitar a los parientes que tengan posibilidad de ser tutores (art. 234.1 CC).

Aunque las funciones del tutor son bastante amplias existen determinados actos que requieren la autorización del juez, recogidos en el art. 271 CC como por ejemplo renunciar a derechos del tutelado; solicitar el internamiento del tutelado en un instituto de salud mental o de educación especial; gravar o enajenar (transmitir, vender) sus bienes o empresas, objetos preciosos (joyas), y valores mobiliarios; o solicitar préstamos. Y finalmente, el art. 247 CC establece las causas de remoción o sustitución del cargo de tutor que podrá ser iniciado además de por el Ministerio Fiscal, por cualquier persona interesada.

La tutela es el régimen más intenso de protección o de apoyo hacia las personas con discapacidad, debido a que la voluntad de la persona queda con un margen reducido. A raíz de la Convención, y su adaptación al art. 12 se prevé un cambio de denominación de la tutela al de “apoyo intenso” que será determinado por la autoridad judicial cuando sea necesario para proteger los intereses de la persona con discapacidad que no puede ejercer su capacidad jurídica.³²

B) La Curatela

En cuanto a la curatela, tiene también carácter de permanencia y estabilidad, pero al contrario que la tutela, no se sustituye la voluntad del incapaz, no realiza la representación legal de la persona con capacidad modificada judicialmente, sino que implica la asistencia a la persona con capacidad modificada judicialmente para aquellos actos que expresamente se expongan en la sentencia (art. 289 CC).

La curatela puede definirse en palabras de Cerrada Moreno³³ como aquella persona o personas físicas o jurídicas que bajo la salvaguarda de la autoridad judicial tiene la tarea de asistir a los menores emancipados, las personas con la capacidad modificada judicialmente y a los declarados pródigos en todos los actos o negocios que por determinación de la ley o de sentencia judicial no pueden realizarlos por sí mismos.

³² García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 143

³³ Cerrada Moreno, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Thomson Reuters, Navarra, 2014. (a través de: *Op Cit*, p. 160)

La imposición de tutela o curatela en materia de personas con capacidad modificada judicialmente dependerá de su grado de discernimiento y por tanto dependerá de la valoración del juez y no del supuesto de hecho. Parte de la doctrina define esta figura como curatela impropia en caso de que se establezca sobre una persona con la capacidad modificada judicialmente, pues en caso de imponerse ante el declarado pródigo o al menor emancipado la determinación de esta figura depende del supuesto de hecho.³⁴ Si se estuviera ante un caso de modificación de la capacidad, la imposición o no de esta figura dependerá de la sentencia, y del estado de salud de la persona con la capacidad modificada judicialmente.³⁵

Los actos realizados por la persona con la capacidad modificada judicialmente sin intervención de su curador serán anulables, como indica el art. 293 CC.

La regulación de la curatela es escasa y tiene el régimen de tutela de carácter supletorio. El art. 291 CC realiza una remisión a la regulación de la tutela en lo que se refiere al nombramiento, causas de inhabilidad, excusa y remoción.

Si la persona con capacidad modificada judicialmente fue sometida a curatela, no necesita representante, sino que actúa por sí/ mismo, aunque en ciertos actos sea necesaria la aprobación del curador.³⁶

La curatela fue introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil. Se pretendía dotar al ordenamiento de un nuevo sistema de protección. Sin embargo, tuvo una escasa regulación, y dado que los parámetros sobre la discapacidad eran distintos a los actuales, se tomó como un segundo medio de protección y fue poco habitual su aplicación. La tutela continuó siendo establecida en la mayoría de los procedimientos de incapacitación. Si se trataba de proteger a la persona discapacitada, la tutela era el medio idóneo pues se sustituye a la persona en todos los asuntos de su vida y la protección será más exhaustiva.

Actualmente, la Convención reclama medidas y presencia de apoyos concretas que se acoten a las necesidades de cada persona con discapacidad y que sirvan para

³⁴ García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 160

³⁵ *Ibidem*. p. 160

³⁶ Albadalejo, M., *Derecho Civil I Introducción y parte general* Edisofer S.L., Madrid, 2009 p. 267

instrumentalizar la cooperación necesaria que la persona precisará para desarrollar el ejercicio de capacidad jurídica

Según el principio de igualdad de la Convención, en el cual se establece que al discapacitado se le dará una medida de protección que “apoye” a la persona, es posible que la curatela sea la que más se adapta a la Convención pues el curador asiste al discapacitado, y en determinadas actuaciones necesitará su consentimiento.

Como ejemplo de implementación efectiva del art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad destaca la Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de julio de 2013³⁷, a través del establecimiento de la curatela como medio de protección más adecuado a raíz de la Convención.

C) El Defensor judicial

En cuanto al defensor judicial, regulado en el art. 299 CC, tiene un carácter más ocasional o esporádico en comparación a los otros cargos y es compatible con los mismos e incluso con el ejercicio de la patria potestad. El defensor judicial es nombrado solo para determinados asuntos, descritos explícitamente en el art. 299 CC. Estos son, en caso de que se produzca un conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o curadores; en caso de que el tutor o curador no desempeñe sus funciones, por cualquier causa hasta que cese la misma o hasta que se designe a otra persona; y por último el artículo deja abierta la lista para añadir otros casos que aparezcan en el CC. El art. 299 bis CC añade el supuesto de que en caso de tener conocimiento de que una persona tiene que ser sometida a tutela o curatela y la resolución judicial no lo nombre como tal y se ponga fin al procedimiento, en caso de que además del cuidado de la persona se necesitara la administración de los bienes, se podría designar a un defensor judicial que administre los mismos.³⁸

³⁷ STS 421/2013, de 24 de julio de 2013 (a través de García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 27). Otras sentencias destacables al respecto son: la SAP Barcelona 712/2014 de 29 de octubre y la SAP de Álava 310/2014, de 4 de diciembre. En donde también se impuso la curatela como medio de protección idóneo

³⁸ Lasarte, C. *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Cit. p. 215

D) Otros

Son mencionables también otros cargos tuitivos como la guarda de hecho. Es una situación fáctica que se añadió al Código Civil con la reforma del año 83 en los artículos 303 y ss. No hay propiamente un concepto de guarda de hecho en el Código ni siquiera de las situaciones que lo conforman. En palabras de Carlos Lasarte sobre la guarda de hecho:

La novedad legislativa y la actual “moda exegética” de la doctrina han atribuido una desproporcionada importancia a tales artículos; los cuales, por lo demás, son de escasísima aplicación jurisprudencial. La razón de ello estriba - y posiblemente siga estribando en el futuro - en que la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, sueles ser los más generosos de corazón.³⁹

La doctrina admite los supuestos siguientes donde se produce la guarda de hecho, puesto que el Código Civil no los establece. Cuando alguien, careciendo de potestad legal sobre persona discapacitada o un menor, ejerciera alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio; cuando estuviesen ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.⁴⁰

4.2 Procedimiento de modificación de la capacidad

4.2.1 Ley de Enjuiciamiento Civil

Para la exposición de este epígrafe se han utilizado los materiales del profesor J.M. Ruiz de Huidobro de Carlos.⁴¹

Se parte del art. 199 CC donde se establece que nadie puede ser incapacitado si no es por sentencia judicial. El proceso judicial por tanto es indispensable para su declaración y para modificar la capacidad de la persona. Para el estudio nos centraremos en la LEC y

³⁹ Lasarte, C., *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*. Cit. p. 216-217

⁴⁰ Serrano Molina, A., *Tema 10: La patria potestad y otras instituciones de protección para menores de edad y de personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente*, Universidad Pontificia de Comillas – Departamento de Derecho Privado, 2016. (Apuntes sin publicar)

⁴¹ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. p.247-249

en especial en el Capítulo II sobre los procesos sobre capacidad de las personas regulado en los art. 756 y ss. CC.

El juez competente para conocer de los procesos de modificación de la capacidad será el Juez de Primera Instancia del lugar donde resida la persona a la que se va a modificar la capacidad de obrar (art. 756 LEC). En cuanto a la legitimación activa para iniciar el proceso reside en el presunto incapaz [*Sic.*], en el cónyuge o persona que se encuentre en una análoga relación de afectividad con el presunto incapaz [*Sic.*], los descendientes y ascendientes y en los hermanos (art. 757.1 LEC); y en el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC). Además, cualquier persona conocedora de los hechos que puedan ser determinantes de la modificación de la capacidad lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC). Como se ha mencionado con anterioridad en caso de que el objeto del proceso sea la modificación de la capacidad de un menor, la legitimación activa residirá solo en los padres o en quienes ejerzan la tutela (art. 757.4 LEC).

El presunto incapaz [*Sic.*] podrá personarse en el juicio y comparecer en su propia defensa y representación, de no ser así sería defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que este no haya sido el promotor del procedimiento (art. 758 LEC).

En cuanto a la prueba, en el proceso se oye a los parientes más próximos del presunto incapaz. Se examinará al presunto incapaz objeto del proceso acordando los dictámenes periciales pertinentes y demás medidas (art. 759.1 LEC).

Las medidas cautelares que se podrán establecer en su caso, además de la propia incapacidad, serán las que el juez considere de oficio o a instancia de parte que sean necesarias para la protección del presunto incapaz o su patrimonio. Las mismas se acordarán previa audiencia de las personas interesadas (art. 762 LEC).

Deberá nombrarse a la persona que se hubiera solicitado en la demanda de modificación de la capacidad así como de las personas que deberán asistir o representar a la persona con la capacidad modificada judicialmente y velar por él. Se trata de un tutor o un curador, es importante destacar que la persona que quiera ejercer el cargo tuitivo deberá constar en la demanda.

Finalmente, en cuanto a la sentencia de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad de la persona, se regula en el art. 760.1 LEC sobre su contenido.

Son tres los contenidos que debe incluir la sentencia:

1º Extensión y límites de la capacidad de la persona

2º Régimen de tutela o guarda

3º En su caso se pronunciará sobre necesidad de internamiento del incapaz

Sobre el último punto, la necesidad de internamiento del incapaz en su caso, se han pronunciado sentencias como la STS de 10 de febrero de 1986, pese a ser anterior a la LEC del año 2000 establece que:

El internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico no es una normal consecuencia de la expresada incapacitación conferible a quien sea encargado de la custodia del incapacitado, ni en consecuencia emana de la normativa contenida en el artículo 200 del Código Civil con su complemento del artículo 208 del mismo Cuerpo legal, sino de una específica regulación establecida en el artículo 211 del referido Código, para el caso de que un incapaz requiera INTERNAMIENTO, y cuya facultad no viene encomendada al órgano de guarda constituido, sino exclusivamente al juez correspondiente.⁴²

Dado que el internamiento, especialmente el no voluntario, puede afectar al derecho fundamental de la libertad individual del art. 17 CE, precisa de una regulación donde se establezcan las necesarias garantías jurídicas para que no quede vulnerados los derechos del incapaz. No toda sentencia de modificación de la capacidad conllevará internamiento, sino que solo cuando el juez lo estime oportuno se realizará tal acto. No es decisión tampoco de los padres o tutores. La autoridad judicial será informada periódicamente por parte del lugar de internamiento correspondiente sobre la necesidad de mantener o no dicho internamiento y dar el alta médica en su caso.

Cabe destacar el art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Sistema Electoral General (LOREG) donde se ordena a estas sentencias pronunciarse expresamente sobre el derecho de sufragio de la persona.

En cuanto al carácter de la sentencia, constitutiva o declarativa, hay una cierta discrepancia doctrinal al respecto, y los efectos son totalmente distintos si se opta por una u otra. En caso de que la sentencia fuera considerada declarativa, implicaría que la persona con la capacidad minorada por la sentencia con anterioridad a la misma ya estaría

⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 10 febrero 1986. (fundamento de derecho 4º) RJ 1986\520 (Aranzadi Instituciones)

en una situación de capacidad incompleta y por tanto los actos cometidos por la persona anteriores a la sentencia serían anulables.

Por el contrario de ser de carácter constitutiva, la sentencia crea la situación jurídica, con lo cual, con anterioridad a la sentencia, la persona simplemente estaría en situación de insuficiente capacidad natural debido a su enfermedad, los actos del incapaz [*Sic.*] serían por tanto nulos por falta de consentimiento.⁴³

Consideraremos que la sentencia de modificación de la capacidad es de carácter constitutivo, al igual que la doctrina mayoritaria.

El art. 760 LEC establece que la sentencia de modificación de la capacidad determinará la extensión y los límites de ésta. Se define por tanto el régimen de la capacidad de obrar que le corresponda. Aunque tras la Convención se prevé que la sentencia sea de carácter más personal y que se adapte a cada caso concreto, la práctica judicial lleva a declarar la capacidad modificada totalmente o parcialmente, antes era más preferible la incapacitación total.

A lo largo del articulado del CC se establecen unas reglas especiales referentes a la sentencia de modificación de la capacidad, como por ejemplo el art. 56. 2º CC sobre el matrimonio se exige que se presente dictamen médico para la aptitud para prestar el consentimiento; el art. 121 CC sobre el reconocimiento de filiación obliga a los que no pueden valerse por sí mismos a aprobación judicial de dicho reconocimiento con audiencia del Ministerio Fiscal; o el art. 996 CC que indica que si la sentencia de capacidad modificada no establezca lo contrario, el incapaz sometido a curatela podrá aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.⁴⁴

Finalmente, sobre el proceso, cabe añadir la posibilidad de extinción o modificación de la capacidad modificada judicialmente lo cual está en el art. 761 LEC, debe ser debido a que se hayan sobrevenido nuevas circunstancias que en cada caso concreto impliquen que se debe modificar la capacidad de la persona. El procedimiento será el mismo que para declarar la capacidad modificada judicialmente.

⁴³ Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*. Cit. p.249

⁴⁴ *Op Cit.* p. 251

La LEC cuya última revisión se realizó el 28/10/2015 continúa hablando de procesos sobre incapacidad de la persona, del incapaz, no se aprecia por tanto ninguna modificación atendiendo a la Convención. Se regula desde un punto de vista de limitación de la capacidad, de determinación de las actividades que el discapacitado no puede hacer por falta de capacidad de obrar. Lo que procura la Convención precisamente es que el procedimiento tenga por objeto la determinación de “apoyos” correspondientes a las personas con discapacidad proporcionándoles un medio de protección.

4.2.2 Ley de jurisdicción Voluntaria

... se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.⁴⁵

Es una de las Leyes más relevantes pues se trata de una de las primeras que se ha redactado conforme a la Convención de Nueva York y sus principios. Utiliza la nueva denominación de capacidad modificada judicialmente, sustituyendo a la antigua incapacitación. Así mismo, la ley sustituye el término incapaz por discapacitado.

La aprobación de esta ley encuentra su origen en el art. 117 CE donde se establecen las funciones del juez siendo una de ellas la garantía de los derechos que expresamente les sean atribuidos por la ley (art. 117.4 CE).

Son objeto de esta ley los casos donde no se produce ningún conflicto o enfrentamiento entre las partes, pero se requiere la presencia de un Juez en una relación jurídico privada.

Sobre la naturaleza de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) se han pronunciado varios autores conocedores de la materia, entre los que se encuentra Fernández de Buján⁴⁶ sostiene que la LJV tiene un contenido de naturaleza tanto administrativo como jurisdiccional, según el supuesto concreto. El autor opina que ciertas funciones de los

⁴⁵ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE 3 de julio) Considerando III – párrafo 5º

⁴⁶ Fernández de Buján, A., *Principios Informadores de la Jurisdicción Voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la UAM, 2001. p. 113 y ss.

jueces se pueden transferir a otros operadores jurídicos como notarios o secretarios judiciales, pero ello no sería conveniente en determinados casos como la autorización de la venta del bien del patrimonio de una persona con discapacidad, pues debe ser garantizado por el art. 117.3 CE.

Además de otras muchas materias la ley regula sobre el derechos de personas en su Título II, destaca especialmente la regulación sobre cuestiones relativas a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, el nombramiento del defensor judicial, la adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad o la obtención de aprobación judicial del consentimiento prestado a las intromisiones legítimas en el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen tanto de menores como de personas con la capacidad modificada judicialmente.

De entre los beneficios que aporta la ley a las personas con discapacidad destaca el art. 56 LJV donde permite la creación de los patrimonios protegidos a favor de personas con discapacidad cuando los progenitores se nieguen injustificadamente a ello.

Sobre las cuestiones relativas a la tutela y curatela, la ley establece que estas sean planteadas en sede de jurisdicción voluntaria, siendo los competentes los Juzgados de Primera Instancia. Para determinar la competencia territorial se utiliza el criterio del domicilio, y en su defecto, el de la residencia habitual de la persona. Una destacable novedad de esta Ley es que mantiene el órgano jurisdiccional que conozca del expediente, para así mantener la unidad de criterio en la toma de decisiones sobre tutela y curatela, pues de otra forma se podían llegar a producir decisiones contradictorias. De esta forma, la persona con capacidad modificada judicialmente que continúe residiendo en la misma circunscripción, el órgano judicial que hubiera que hubiese conocido del expediente, será competente para conocer todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores (art. 43 LJV). Y en caso de que cambie el lugar de residencia, para algunas incidencias será necesario que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo. Por último, se establece en el párrafo 3º del art. 43 LJV la no obligatoriedad de abogado y procurador, salvo en casos de remoción del tutor, donde su intervención sí será obligatoria.⁴⁷

⁴⁷ García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 142

Cabe plantearse, que si la Convención lo que procura es el establecimiento de “apoyos” para el ejercicio de la capacidad de obrar, si sería mejor regular el procedimiento de determinación de estos apoyos a través de la LJV, dado que no hay un conflicto entre las partes, y dejar en manos del procedimiento de la LEC los casos donde se produzca oposición de la persona con capacidad modificada judicialmente u otros casos de difícil determinación de la protección adecuada.

4.3 Aplicación de la Convención

Se realizará un análisis de jurisprudencia y doctrina a la luz de la Convención y cómo se ha aplicado al caso concreto por parte de los tribunales.

Esta revisión de la Convención no solo afecta al régimen de la capacidad de obrar de las sino también otros ámbitos del derecho, que chocan con el sistema actual. Los Tribunales por tanto han tenido que dar respuesta a problemas cotidianos aplicando la Convención y adaptándola al sistema.

De entre las dificultades que han podido surgir por incompatibilidades con el ordenamiento jurídico destaca el ejercicio derecho a voto por parte de las personas con discapacidad y el derecho a una educación inclusiva.

4.3.1 Interpretación del TS del artículo 12 de la Convención

La Convención en su art. 12 diferenciaba entre capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad de jurídica para establecer el principio de igualdad. Destaca al respecto la importante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009 de 29 abril donde la Ponente fue la Sra. Roca Trias y no se produjo ningún voto particular.

A la luz de la Convención, el TS afirmó, sobre la forma en la que se tiene que interpretar la legislación en materia de modificación de la capacidad lo siguiente:

De este modo, 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, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona

porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada. ⁴⁸

Del texto transcrito se deduce que la Sentencia de incapacidad no despoja al incapacitado de ser titular de sus derechos, sino que lo protege. Lo que explica el TS es que no es una medida discriminatoria, porque es muy específica, imposible de diferenciar de una discriminación. Lo que aquí importa es que a las personas a las que se hace referencia que tienen una facultades intelectivas y volitivas que no les permitan ejercer su derecho, no es que no los tengan, sino que no lo pueden ejercitar.

Dando un paso más el TS matiza que no se trata de una protección a la familia sino exclusivamente a la persona afectada.

En el Anexo I se incluye el Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia, donde el Tribunal explica los reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación, a la luz de la Convención.

En palabras de García Alguacil⁴⁹, la Convención apuesta por un nuevo modelo de capacidad adaptada a los parámetros introducidos por la Convención, el cual deja atrás al modelo de “sustitución” de la persona discapacitada dando paso a un modelo de los derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de las personas, por tanto, un sistema de apoyos.

La doctrina está dividida al respecto. Por un lado, se encuentran aquellos que afirman que es necesario un cambio radical de nuestro sistema porque colisiona con los principios de la propia Convención. Pues nuestro sistema de incapacitación, limita la capacidad de la persona, modificándose su estado civil, y se reduce en la mayoría de los casos a la tutela, cuya característica esencial es la sustitución de la voluntad de la persona, esto podría afectar al derecho a la dignidad de las personas. Según estos autores, sería necesario la abolición de la distinción de la capacidad jurídica y capacidad de obrar y aplicar de lleno el artículo 12 de la Convención.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009 de 29 abril. RJ 2009\2901 FD 7 (Aranzadi Instituciones)

⁴⁹ García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 25

Otros autores afirman que nuestro ordenamiento se adapta a la perfección al artículo 12 ya que tenemos un mismo sistema dual de capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo la única diferencia la denominación de este último. Nuestro sistema también dual distingue la dimensión estática de la capacidad jurídica, pues por el hecho de ser un ser humano, automáticamente se puede ser titular de derechos, y por otro lado una dimensión dinámica, en la que se establecen las aptitudes para ejercer esos derechos con plena eficacia.

Si la persona demuestra discernimiento o madurez suficiente para ejercitar sus derechos, comprenden los actos que realizan y sus consecuencias, nada impedirá dicho ejercicio y la realización de los actos por ellos mismos o con el apoyo de otra persona, la capacidad de obrar siempre irá ligada al interés del sujeto que actúa. En caso de establecer dichos apoyos, no ve limitada su capacidad sino que se promueve su autonomía y se garantiza el libre ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

(...) En caso de que la persona carezca de voluntad y por tanto la capacidad de discernimiento, el propio interés de la persona con discapacidad será el límite a la promoción de su autonomía, en estos casos es donde habrá que iniciar un procedimiento para que se determinen los apoyos pertinentes.⁵⁰

El sistema actual de capacidad jurídica y capacidad de obrar vigente en España, no encuentra diferencias frente al sistema de la Convención, se trata de una diferencia en la denominación, los conceptos, al fin y al cabo, son los mismos. El Tribunal Supremo ha reinterpretado nuestro sistema conforme a la Convención sin necesidad de cambiarlo. Sin embargo, aunque la interpretación ha sido aceptada por los tribunales, falta un cierto pronunciamiento por parte del legislador y no dejar solo en manos de los jueces la adaptación del artículo 12 de la Convención.

4.3.2 Interpretación del Derecho a sufragio

Determinados artículos de la Convención han encontrado dificultades al adaptarse a nuestro ordenamiento jurídico, como es el derecho de sufragio, el cual está recogido en el artículo 29 de la Convención sobre participación política, obliga a los Estados a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas.

⁵⁰ García Alguacil, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Cit. p. 26

El actual sistema electoral en España en este sentido es muy restrictivo respecto al ejercicio de derecho de sufragio activo a las personas discapacitadas. Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 3.1 b) de la LOREG obliga a pronunciarse expresamente en la sentencia de incapacidad sobre el derecho a voto de los declarados incapaces [sic]. La jurisprudencia empieza a romper con esta tendencia y a aceptar el derecho a sufragio activo de los incapaces, con un giro de interpretación.

Como ejemplo paradigmático de interpretación de este artículo de la Convención para adaptarlo en nuestro ordenamiento, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de octubre de 2012, en la que para fundamentar el recurso a la Convención utiliza el artículo 10.2 CE que establece la obligación de “*interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que estén ratificados por España*”. El Tribunal lo utiliza como criterio interpretativo teniendo en cuenta que el artículo 23 CE, de derecho a sufragio, es un derecho fundamental, lo cual lo establece en su Fundamento de Derecho Tercero:

la Sentencia de instancia priva a la declarada incapaz del derecho de sufragio (en su doble vertiente) por el desconocimiento completo del sistema político español que presenta Doña Amelia, lo que entendido en un sentido literal no puede suponer la pérdida del derecho, pues lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales sino la capacidad para decidir, elegir u optar libremente y sin influencias externas en un determinado proceso electoral ⁵¹

El tribunal finalmente, aceptó el recurso y no extendió la incapacidad total [sic.] al derecho de sufragio de la persona objeto de modificación de la capacidad por entender que con su enfermedad sí que tenía capacidad suficiente para tomar decisiones. Si bien se discutía en el supuesto el hecho de que esta persona podía ser influenciable a la hora de tomar decisiones, ello según entendió el tribunal, no obstaba para poder ejercer su derecho a voto. Pues lo importante es el poder manifestar su voluntad para lo cual no hace falta un nivel de conocimiento del sistema electoral y político español, sino tomar una decisión personal y elegir entre las posibles ofertas políticas. ⁵²

⁵¹ Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) Sentencia núm. 257/2012 de 24 octubre F3 (Aranzadi Instituciones)

⁵² Martínez – Pujalte, A.L., *La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de los derechos humanos*. Alcaín Ramírez, E. (Dir.) Álvarez Ramírez, G. (Coord.) “La

Otra Sentencia que aceptó la posibilidad de derecho a sufragio de una persona con la capacidad modificada judicialmente fue Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2014, sobre una persona con Síndrome de Down en su Fundamento de Derecho segundo:

Pero el derecho de participación política, a través del ejercicio del derecho al voto no puede sufrir discriminación alguna por razón de enfermedad mental, ni puede un juez establecer un standard de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto, de manera que sólo razones muy específicas, motivadas, justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo. No puede justificarse una limitación de este derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irrazonabilidad en la elección de las opciones.⁵³

Se deja también sin efecto la extensión de la incapacidad al derecho de sufragio activo por razones muy similares al caso anterior, siendo lo esencial la capacidad de elección de la persona.

El artículo 3.1 de la LOREG impide el derecho de sufragio a las personas discapacitadas salvo que el juez lo permita expresamente en la Sentencia de modificación de la capacidad, teniendo obligación el juez de pronunciarse al respecto. Lo cual parece contrario no solo a la Convención, sino al 23 de la CE que reconoce a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, tanto directamente como a través de sus representantes legales.

Por el momento, de acuerdo con Martínez-Pujalte nuestros tribunales no se han atrevido a declarar la inconstitucionalidad del artículo 3.1 LOREG⁵⁴. Una vez más se pone de manifiesto la falta de dinamismo del sistema de modificación de la capacidad en España que tiende a omitir distinción entre los distintos grados de discapacidad. Para poder ejercer el derecho a voto debería establecerse un sistema más flexible. Cabría cuestionar la posibilidad de reformar la LOREG y concretamente su artículo 3 que resulta tremendamente restrictivo hacia las personas con la capacidad modificada judicialmente

Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – Delos derechos a los hechos”. Tirant Lo Blanch Homenajes & Congresos, Valencia, 2015

⁵³ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia núm. 183/2014 de 13 marzo (Aranzadi Instituciones)

⁵⁴ Martínez-Pujalte, A.L. “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de los derechos humanos” Cit.

y si es compatible con la Convención o no teniendo en cuenta además de que la Ley data del año 85.

4.3.3 Interpretación del Derecho a la educación inclusiva

Por último, uno de los retos a los que se tiene que enfrentar la revisión normativa es al cambio a un sistema educativo inclusivo. La Convención en su artículo 24.1 establece la obligación de asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles para asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a las personas con discapacidad:

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: [...]

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.⁵⁵

La Educación Inclusiva se entiende como la educación personalizada, diseñada a la medida de todos los alumnos en grupos homogéneos de edad, con una diversidad de necesidades, habilidades y niveles de competencias. Se fundamenta en proporcionar el apoyo necesario dentro de un aula ordinaria para atender a cada persona como ésta precisa. A través de una perspectiva plural y diversa.⁵⁶

A la luz de la interpretación de la Convención, se observan contradicciones con la legislación española actual que encuentra el derecho a la educación en el art. 27 CE. Sin embargo, el artículo 74.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE 4 de mayo) (en adelante, LOE), donde, aun estableciendo el principio de normalización e inclusión, también se indica: “La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo

⁵⁵ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Art. 24.2 c), d) y e)

⁵⁶ Definición de la UNESCO (a través de <http://www.ite.educacion.es/formacion/materiales/72/cd/curso/unidad1/u1.I.2.htm> (30/03/17)

cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.”

Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 10/2014, de 27 de enero⁵⁷ sobre la posible contradicción de ambas disposiciones, nuevamente teniendo en cuenta el art. 10.2 CE, concretamente si el artículo 74.1 de la LOE implica o no un sistema de educación inclusiva.

Se trata de un caso donde un menor de 5 años de edad con trastorno de espectro autista y discapacidad psíquica grave, al cual la Comisión de escolarización de la provincia de residencia obligó a que se escolarizara de oficio en un Centro de Educación especial, contra la voluntad de sus padres

El Tribunal realizó una interpretación restrictiva del precepto diciendo que solamente cabría escolarización en educación especial cuando la integración en un centro ordinario exija ajustes desproporcionados o irrazonables con la debida motivación.⁵⁸

La Sentencia en su Fundamento de Derecho 4º expresa:

De la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados..., dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

Nuevamente el Tribunal no afirma la oposición entre la ley española (el artículo 74.1 LOE) y la Convención, pero establece una interpretación restrictiva del precepto según el cual solo cabe escolarización en educación especial cuando la integración e un centro ordinario exija ajustes desproporcionados. En opinión de Martínez-Pujalte el Tribunal falla en aplicación de su propia doctrina y no corresponde a la Administración educativa

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 10/2014 de 27 enero. RTC 2014\10

⁵⁸ Martínez- Pujalte, A.L. “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de los derechos humanos” *Cit.*

resolver si es mejor para el menor discapacitado la educación especial o la inclusiva, pues la Convención ya estableció la inclusiva como la más favorable. Insiste en que para la integración de los menores discapacitados se realicen ajustes necesarios y que el propio Tribunal en su fundamento jurídico 4 de la Sentencia, la Administración solo puede aducir, cuando lo justifique adecuadamente y de forma excepcional que tales ajustes son de una carga irrazonable o desproporcionada.

Se produjo, además, un voto discrepante del Magistrado Ortega Álvarez, quien afirmó que como el autor que supone para la Administración una carga desproporcionada resolver si es mejor una educación especial o la inclusiva. En el supuesto ni la Administración ni los técnicos especificaron porque los ajustes que debía realizar el centro para proporcionar la educación inclusiva.

Se trata de otro de los retos a los que tiene que hacer frente el ordenamiento español para adaptarse a la Convención. En España no se establece propiamente un modelo inclusivo de educación pues en caso de que la carga sea desproporcionada para el centro educativo para adaptar el centro a una educación inclusiva, se acudiría a centros educativos especiales para las personas con discapacidad.

5. VALORACIÓN PERSONAL

Tras el estudio realizado, he podido comprobar que la revisión legal en el ámbito civil está en proceso y se están dando los primeros pasos de adaptación a la Convención de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad, si bien con cierto retraso respecto de la adaptación normativa en el ámbito social.

Respecto a la denominación, todavía gran parte de la normativa se refiere a incapacidad y solo la Ley de Jurisdicción Voluntaria y algunos artículos del Código Civil, han incorporado la denominación de capacidad modificada judicialmente más acorde con las propuestas de la Convención.

Nuestra antigua incapacitación, aunque anterior a la Convención, ya había sufrido algunos cambios en su concepción, pasando del modelo médico a uno social o asistencial. Precisa, aun así, un cambio más sustancial, especialmente en el procedimiento.

La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad tiene un planteamiento que se podría calificar de utópico, lo que hace que algunas de sus propuestas parezcan difíciles de llevar a la práctica. Los valores que proclama son innegables, como, por ejemplo, el derecho a voto de las personas con discapacidad o la educación inclusiva, pero todo ello va a suponer a los Estados firmantes, más allá de una simple modificación de la normativa, crear las condiciones para que se produzca un cambio de mentalidad en la ciudadanía que haga efectivos dichos valores.

Teniendo en cuenta el estudio realizado sobre la progresiva adaptación de la antigua incapacitación a la nueva capacidad modificada judicialmente, realizaré una propuesta *de lege ferenda* al respecto:

En el ámbito del Derecho Civil, entre los medios de protección de las personas con discapacidad, la curatela, cuya regulación normativa fue introducida con la reforma del Código Civil de 1983, es, sin duda, la que más se acerca a las propuestas de la Convención, a pesar de ser anterior, por cumplir la función de “apoyo” a la persona con discapacidad. Esta institución, no muy empleada en la práctica, debería ser más habitual como cargo tuitivo en los procesos de modificación de la capacidad de obrar, por ser más respetuosa con el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, al

implicar la asistencia y no la representación legal. El art. 289 CC establece que dicha asistencia es para los actos que expresamente se establezca, por lo que es más fácilmente ajustable al caso concreto. Por ejemplo, en el caso de las personas de avanzada edad que durante toda su vida han tenido plena capacidad de obrar, es posible que la curatela sea preferible a la tutela para evitar abusos por parte de la persona que ostente el cargo tuitivo. Evidentemente, la tutela seguiría siendo necesaria en aquellos casos en que se requiera una protección más exhaustiva (Alzheimer, demencias severas...).

La tutela, anteriormente, estaba concebida desde un punto de vista patrimonial, de protección patrimonial del incapacitado. Independientemente de la incorporación de nuevas técnicas de protección patrimonial como los patrimonios protegidos de la ley 41/2003, la regulación de estas instituciones de apoyo (tutela y curatela) y en general en la adaptación a la Convención, se deberá resaltar, además, otras funciones de la protección, como velar por el bienestar de la persona o el cuidado de la salud.

En cuanto al proceso de modificación de la capacidad de obrar, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria sí se ha producido la recepción de las propuestas de la Convención de Nueva York; en cambio no hay duda que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que todavía se habla de incapaz o incapacitación, debe adaptarse además de la denominación, a los valores de la Convención. El procedimiento en sí no requiere un cambio sustancial, a mi juicio, pues el proceso judicial sigue siendo la mejor garantía para los derechos de la persona con discapacidad. Pero, como se ha visto, lo que se pretende no es que se limite la capacidad de obrar de la persona, sino que se determinen apoyos para el completo ejercicio de la capacidad de obrar, no estamos ante un proceso contencioso, no sería necesario entrar en un proceso judicial, sino que bastaría con que se nombrara a un tercero para que aplique los “apoyos” a la persona con capacidad modificada judicialmente. Esto se realizaría a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que no implica conflicto de intereses, pero los derechos de la persona siguen estando garantizados pues sigue siendo un Juez quien lleva a cabo los expedientes. Regularía mediante la LJV el establecimiento de apoyos, tutela, curatela etc... atendiendo a su regulación por el CC, para que más gente acuda a esta protección y dejaría para la LEC, aquellos casos donde realmente se necesite el cambio de estado civil y las mismas instituciones de protección para casos más complejos.

Los conceptos básicos de nuestro Derecho de personas, capacidad jurídica y capacidad de obrar, son perfectamente compatibles con la Convención, que diferencia entre capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica. Como se explicó al principio del trabajo, la capacidad jurídica es la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, toda persona por el simple hecho de serlo ya tiene esa capacidad y la capacidad de obrar es el poder de ejercitarlos que podrá ser limitado o no judicialmente. La Convención, sustituye este último por ejercicio de la capacidad jurídica, al cual habrá que añadirle apoyos en caso de que la persona no pueda hacerlo debidamente. No creo conveniente que se deba cambiar nuestro actual sistema de capacidad de obrar, pues la diferencia reside en la denominación, capacidad de obrar y ejercicio de la capacidad jurídica son, en el fondo, lo mismo. El Tribunal Supremo ha sabido interpretarlos adecuadamente sin necesidad de cambiarlos. El cambio supondría un esfuerzo innecesario pues llevaría a la misma conclusión, titularidad de derechos y ejercicio de los mismos. Basta con la reinterpretación de los Tribunales, y no sería necesaria la modificación legislativa al respecto.

En la aplicación de la Convención, el derecho a sufragio es uno de los principales aspectos en los que cabría encontrar diferencias entre la propuesta del Tratado y el ordenamiento jurídico, que se deberá cambiar en la progresiva adaptación. ¿Deberían poder ejercer el derecho a voto todas las personas que tengan alguna discapacidad? La Ley Orgánica sobre el régimen electoral general es muy restrictiva hacia las personas con discapacidad sobre el derecho a sufragio activo. Creo que habría que acudir al supuesto concreto para establecer si la persona puede ejercer su derecho a voto o no. El derecho a voto debería ser limitado o no según la capacidad para tomar una decisión, y no por el simple hecho de sufrir una discapacidad. Se debe tener en cuenta que la persona ya no será considerado incapaz, sino que tiene la capacidad modificada judicialmente y además, la curatela debe ser el medio de protección ideal, en la cual no se ejerce representación legal sino asistencia. De ahí que en la adaptación a la Convención se debería modificar la LOREG, y que su artículo 3 permitiera a las personas con la capacidad modificada judicialmente el derecho a voto de manera general, restringiéndolo solo cuando el juez establezca lo contrario. Si la Convención les reconoce los plenos derechos en igualdad de condiciones, quién mejor que ellos para defenderlos y por tanto poder votar a un partido político que, por ejemplo, en su programa electoral ofrezca beneficios o ventajas a favor de personas con discapacidad. El derecho a voto es solo un ejemplo, pero sabiendo que

por sentencia se van a restringir varios derechos, es posible que haya personas que no se atrevan a acudir a la modificación de capacidad de obrar sin sopesar las otras muchas ventajas que posee.

El derecho de la educación inclusiva, del que se ha tratado brevemente, es uno de los ejemplos que resaltan el carácter utópico o demasiado ambicioso de la Convención. Es evidente que a las personas con discapacidad deben estar integradas en la sociedad y que la sociedad haga los esfuerzos necesarios para su integración, y que no sea al revés. Pero es cierto también que la carga que se le da a los centros educativos para aplicarla puede ser muy severa o desproporcionada para conseguir la adecuada inclusión. La Convención intenta favorecer aquellas medidas que impliquen la educación inclusiva solo si es necesario un “ajuste razonable” con lo que de alguna manera parece reconocer la imposibilidad práctica de llevar hasta las últimas consecuencias la educación inclusiva.

6. CONCLUSIONES

Tras el estudio, concluimos lo siguiente

1. El estudio de los datos del INE indica que hay un amplio porcentaje de población discapacitada que puede ser objeto de la protección de la capacidad modificada judicialmente, y no solo eso, sino que de cara al futuro, debido al envejecimiento de la población habrá más personas que puedan acudir a estos medios de protección.
2. La discapacidad es un término amplio que abarca tres modalidades: la discapacidad en sentido amplio, la discapacidad en sentido estricto y la capacidad modificada judicialmente.
3. La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad celebrado Nueva York de 2006 es el hito que ha dado pie a toda la revisión jurídica de la institución de la capacidad modificada judicialmente. La Convención puede considerarse demasiado ambiciosa en algunos aspectos, por lo que va a ser difícil su aplicación completa en algunos ámbitos como el educativo.
4. El ordenamiento jurídico presenta medios de protección a personas discapacitadas tanto sociales como civiles. Entre los medios civiles se encuentra la modificación de la capacidad de obrar y los patrimonios protegidos a favor de las personas con discapacidad como los más destacables. Los medios de protección sociales están siendo más desarrollados que los civiles; la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, constituye un gran avance en cuanto a prestaciones sociales y accesibilidad hacia los discapacitados. Mientras que, en el ámbito civil, ni la Ley de Enjuiciamiento civil ni el Código Civil han realizado ninguna modificación sustantiva sobre la capacidad modificada judicialmente, solo el Código Civil ha cambiado la denominación de la figura y solo en algunos de sus artículos.
5. La modificación de la capacidad de obrar se concreta en el nombramiento de cargos tuitivos (principalmente tutela, curatela y defensor judicial). Para ajustarse a lo establecido por la Convención sería necesario por parte de los Tribunales hacer más habitual el nombramiento de un curador como medio de protección al discapacitado ya que implica asistencia en el ejercicio de la capacidad de obrar y

no representación como la tutela. Supone el “apoyo” necesario para la persona con discapacidad para el libre desarrollo de su persona.

6. La aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria supone uno de los primeros pasos de adaptación del ordenamiento a los principios de la Convención. Abarca aquellos casos donde no se produce un conflicto de intereses y la cuestión a tratar no se lleva a cabo por un procedimiento contradictorio. Pero mantiene las garantías del proceso judicial, pues sigue siendo el Juez quien lleva a cabo el expediente. Las cuestiones sobre tutela y curatela en los procesos de modificación de la capacidad de obrar se llevan a cabo mediante la jurisdicción voluntaria.
7. En la regulación del Derecho Civil está todavía pendiente la adaptación al artículo 12 de la Convención, en el que se diferencia la capacidad jurídica del ejercicio de la capacidad jurídica. El Derecho Civil, sin embargo, diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta divergencia y ha conseguido su congruencia a través de la sentencia y considera que capacidad de obrar y ejercicio de la capacidad jurídica suponen el mismo concepto.
8. En general, el proceso de revisión normativa del tradicional sistema de incapacitación está siendo lento y algunos preceptos están siendo costosos de introducir, pero la jurisprudencia procura darles una reinterpretación para que tengan cabida. Así sucede con el derecho a sufragio de las personas con discapacidad o el derecho a la educación inclusiva.
9. Es evidente que el cambio es latente y que hay una iniciativa por parte de la comunidad jurídica por adaptarse al mismo, todavía debemos atenernos a lo que pueda pasar en los próximos años, de momento el cambio de denominación está siendo bien acogido por el ordenamiento jurídico.

7. FUENTES DE ESTUDIO

Bibliografía

Albadalejo, M., *Derecho Civil I Introducción y parte general*, Edisofer S.L., Madrid, 2009

Alcaín Ramírez, E. (Dir.) Álvarez Ramírez, G. (Coord.) *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – Delos derechos a los hechos*. Tirant Lo Blanch Homenajes & Congresos, Valencia, 2015

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Comentarios al Código Civil Tomo II*. Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2013

Cerrada Moreno, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Thomson Reuters, Navarra, 2014.

Díez-Picazo y Antonio Gullón, L. “Sistema de Derecho Civil – Volumen I Parte General del Derecho civil y personas jurídicas”. Tecnos, Madrid, 2016

Fernández de Buján, A., *Principios Informadores de la Jurisdicción Voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la UAM, 2001

García Alguacil, M.^a, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus, Madrid, 2016.

Jiménez Lara, A. y Huete García, A. (Coords.), *Informe Olivenza 2015, sobre la situación de la discapacidad en España*, Editado por Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015

Lasarte, C., *Principios del Derecho Civil – Parte General y derechos de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2010

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Derecho de la Persona – Introducción al Derecho Civil*, Dikinson S.L., Madrid, 2016

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M., *Manual de Derecho Civil parte general*. Dykinson S.L., Madrid, 2012.

Legislación

Constitución Española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

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.

Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 3 de agosto)

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

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 1 de enero)

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE 4 de mayo)

Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 13 de diciembre)

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.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Sentencias

STS (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 282/2009 de 29 abril. RJ 2009\2901

STS (Sala de lo Civil) núm. 119/1996 de 19 febrero. RJ 1996\1413

STS de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/520)

AP de Ciudad Real (Sección 2ª) Sentencia núm. 257/2012 de 24 octubre

AP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia núm. 183/2014 de 13 marzo

Internet

“*Pasado y presente de la discapacidad: Nueva Ley General de Discapacidad*”
Consejo General de la Psicología de España 27 de marzo de 2014 (disponible en http://www.infocop.es/view_article.asp?id=5001; última consulta: 23/03/17)

www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/discapitados.htm (última consulta: 21/03/2017)

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Guía de formación, Publicación de las Naciones Unidas – Alto Comisionado, Nueva York y Ginebra, 2014 (disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf; última consulta: 20/03/2017)

Jiménez Lara, A. y Huete García, A. (Coords.) *Informe Olivenza 2015, sobre la situación de la discapacidad en España*. Editado por Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015. (Disponible en: <http://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/71/Informe%20Olivenza%202015%20v4.1%20baja.pdf>; última consulta: 25/03/17)

**8. ANEXO I: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª)
NÚM. 282/2009 DE 29 ABRIL. RJ 2009\2901. FUNDAMENTO DE DERECHO 5º: REGLAS
INTERPRETATIVAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN.**

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 (RCL 2008, 950) y lo establecido en el Código civil (LEG 1889, 27) , a partir de la reforma de 1983 (RCL 1983, 2298) . La cuestión interpretativa que plantea la Convención (RCL 2008, 950) se centra en su Art. 12 que establece lo siguiente:

"Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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".

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1º La Convención, en sus Arts. 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el Art. 1 , pretende "promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad" de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su Art. 1.2 de la Convención, que las identifica como 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". España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre (RCL 1983, 2298) y, además, en la ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695) , de patrimonio de las personas con discapacidad; la ley 51/2003, de 2 diciembre (RCL 2003, 2818) , de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la ley 39/2006, de 14 diciembre (RCL 2006, 2226) de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE (RCL 1978, 2836) , ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de

protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (RCL 2009, 640) establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley "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 [...]".

2º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 (RJ 1947, 343) donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003.

3º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer.

Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC (LEG 1889, 27) exceptúa de la representación de los padres "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo" (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio (RTC 2002, 154) sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 CC (LEG 1889, 27) aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el Art. 760.1 LEC (RCL 2000, 34, 962) y se establecía en el ahora derogado Art.

210 CC después de la reforma de 1983 (RCL 1983, 2298) ; también el Art. 209 del Código de Familia de Cataluña (ley 9/1998, de 15 julio (LCAT 1998, 422, 521)) excluye de la representación los actos "relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo" y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE (RCL 1978, 2836), por lo que:

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 (RJ 1999, 6938) que declaró que "implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial". (asimismo STS de 14 julio 2004 (RJ 2004, 5204)).

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) , al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil (LEG 1889, 27) no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.