



FACULTAD DE DERECHO

Problemática de la modificación de la capacidad jurídica en España

El estudio del caso del autismo

Natalia Cosío del Río

5º E-5 2017/2018

Área de Derecho Civil: derecho de la persona

M^a Reyes Corripio Gil-Delgado

ÍNDICE

Lista de Abreviaturas.....	3
1. Introducción.....	4
1.1 Estructura del trabajo.....	4
1.2 Interés del trabajo.....	4
2. Régimen general de modificación de la capacidad civil en España.....	6
2.1 Introducción.....	6
2.2 Régimen de modificación judicial de la capacidad civil.....	8
2.2.1 Modificación Judicial de la Capacidad Civil o Incapacitación.....	8
2.2.2 Proceso de incapacitación características generales.....	9
2.3 Sentencia de modificación de la capacidad. Clases de incapacitación.....	12
2.4 Aplicación del sistema de la modificación de la capacidad.....	14
3. Convención de las personas con Discapacidad de Nueva York del 2006 y el régimen de la discapacidad en España.....	18
3.1 Objetivos de la Convención.....	18
3.2 Aplicación y transposición en España.....	19
3.3 Críticas al Sistema español. El artículo 12 de la Convención.....	21
3.3.1 Observación general del Artículo 12 de la Convención.....	21
3.3.2 Críticas a la falta de trasposición de la Convención.....	24
4. Modelos de protección. El caso del autismo.....	28
4.1 Introducción al Autismo y TEA.....	28
4.2 Soluciones jurídicas de protección de la persona con autismo.....	29
4.2.1 Revisión de la institución de la curatela.....	30
4.2.2 El guardador de hecho.....	32
4.2.3 El modelo de apoyos en otros derechos.....	34
4.2.4 La declaración de incapacidad junto a la declaración de discapacidad....	36

4.3 Una curatela reforzada o el empoderamiento de la guarda de hecho para asegurar la efectiva protección de las personas con Autismo. Hacia un modelo social de la discapacidad.....	38
5. Conclusiones.....	41
6. Bibliografía.....	44

LISTA DE ABREVIATURAS.

BGB: Código Civil Alemán

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CIPD: Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, firmada en Nueva York 2006.

FESPAU: Confederación Española de Autismo

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LO: Ley Orgánica

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de las Naciones Unidas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEA: Trastorno de Espectro Autista

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 Estructura del trabajo.

El siguiente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto estudiar la regulación actual sobre la modificación de la capacidad y la discusión doctrinal y académica sobre el modo más favorable de adaptabilidad del régimen español de incapacitación a la realidad de la persona discapacitada, para no restringir los derechos excesivamente siguiendo el mandato del artículo 12 del Convenio de los Derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York 2006 que España ratificó posteriormente el año 2008. Así, se estudiará un caso práctico, el caso de las personas con autismo.

Durante las siguientes páginas se analizará la problemática del actual sistema de modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad en España, con un caso práctico de estudio que es el colectivo de personas con Autismo. Para ello en primer lugar, analizaremos el actual proceso de incapacitación recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil 7/2000. También estudiaremos la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York 2006, ratificada por España y en particular el artículo 12 de este texto convencional. En el capítulo siguiente estudiaremos el particular caso del Autismo, y las instituciones de protección más adaptativas a esta neuropatía concreta, analizando otros derechos como el alemán, el inglés y el italiano.

Así, el trabajo se articulará en torno a la siguiente estructura:

- Procedimiento de Incapacitación en España. La Tutela y Curatela.
- Estudio de la Convención de Derechos de las personas con Diversidad Funcional firmada en Nueva York en 2006. Análisis del Artículo 12 y crítica al sistema español.
- Análisis del caso práctico concreto: el colectivo de personas con Autismo. Comparación de órdenes jurídicos. Conclusiones sobre las instituciones más convenientes al autismo.
- Conclusiones.

1.2 Interés del trabajo.

Tras 12 años de promulgación de la Convención, y 10 años tras su ratificación por el estado español, no ha habido en España una modificación del régimen de incapacitación

de modificación de la capacidad civil y los esfuerzos de la jurisprudencia en adaptar la Convención a la realidad del ordenamiento jurídico español, pasan en simplemente interpretar nuestras instituciones tutelares a la luz de la misma. El reconocimiento del modelo social de la discapacidad en la Convención ha tenido impacto solamente en la legislación administrativa pero no en la civil, habiendo una dicotomía entre la discapacidad y la incapacitación que, es poco beneficiosa para las personas que debieran ser realmente beneficiarias de la misma.

2. RÉGIMEN GENERAL DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD CIVIL EN ESPAÑA.

2.1 Introducción.

Para analizar el régimen general de modificación de la capacidad civil en España, se debe primeramente diferenciar entre los diferentes términos que se manejan a lo largo del estudio y son: incapacitación, incapacidad (natural y legal), discapacidad y dependencia.

Partimos de la diferenciación que nuestro Código Civil hace de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, para tratar el concepto de incapacitación, pues toda la persona desde que nace tiene capacidad jurídica o la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones (artículo 30 del Código Civil); pero no toda la persona nace con la capacidad de obrar plena pues, se alcanza con la mayoría de edad (artículo 322 del Código Civil). Así, la incapacitación es la limitación de “*la capacidad de obrar o aptitud para realizar con plena eficacia y validez actos jurídicos, ejercitar derechos y cumplir obligaciones.*”¹, y se traduce en el procedimiento civil recogido en Libro IV, Título I, Capítulo II de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil. No obstante, que se limite la capacidad de obrar, no significa que la persona incapacitada “esté civilmente muerta”, y no queda privado de sus derechos, tanto personalísimos como patrimoniales, si bien, estos derechos patrimoniales quedan limitados tras la sentencia y cuya capacidad necesaria para llevarlos a cabo deberá ser suplida por la figura que la misma establezca.²

La incapacidad para que sea legal, debe ser declarada por sentencia judicial, a tenor del artículo 199 del Código Civil: “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.*” Así, se diferencia de la incapacidad “natural”, la no declarada por sentencia judicial y que, por lo tanto presume que la persona es capaz y por lo tanto, sus actos válidos. No obstante, la

¹ TRINCHANT BLANCO, C.; “MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE FAMILIA (Civil)”; EL DERECHO Lefevre; Madrid; 29 de Junio de 2017.

² “*El incapacitado no está civilmente muerto: puede ser propietario de bienes muebles e inmuebles, titular de cuentas corrientes, puede ser parte de una relación de trabajo (...) e igualmente puede ser sujeto de obligaciones o deberes (...). Lo que sucede es que, a causa de la enfermedad limitadora de sus facultades intelectivas y volitivas, no podrá prestar por sí mismo consentimiento válido para la adquisición de derechos, administración de su patrimonio (...) y deberá ser representado pro el tutor o curador (...).*” CABRERA MERCADO, R.; “El proceso de incapacitación”; McGraw-Hill; Madrid, 1998.

incapacidad legal declara por medio de sentencia judicial la considerada como capacidad natural.

La discapacidad es un concepto que ha sufrido grandes cambios a lo largo de la Historia, mezclándose en su definición otras ramas del conocimiento más allá de la jurídica, y que, además se debate su concepto en sí pues, hay una discusión permanente entre sí se debe tratar a la discapacidad como tal o como “diversidad funcional”. Para definir el concepto de discapacidad acudimos a la legislación actual y según el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad³ modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; *“Son personas con discapacidad aquellas que presenten 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 los demás (...).”* Se diferencia de la incapacidad además, porque la discapacidad se declara por “vía administrativa” mientras que la incapacidad es en cambio un estado civil que se declara mediante una sentencia firme, y cuya declaración no se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 al no exigirse un proceso civil para su declaración sino, se reconoce por la administración, regulado a estos efectos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que en cuyo artículo 28 1) y 2) enuncia que el procedimiento de reconocimiento del grado de discapacidad se *“iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁴”, con las especificidades que resulten de la presente Ley.* Y así, la dependencia se reconoce *“mediante resolución expedida por la*

³Ley 26/2011 de 1 de Agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; BOE num 184.

⁴ Aunque se recoja incorrectamente y todavía no haya sido modificada la Ley 39/2006, esta ley fue derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado⁵”.

Por lo tanto, aunque sean conceptos que puedan ir correlacionados, no significan lo mismo, ni conceptualmente ni técnicamente, al tener diferente naturaleza jurídica. No obstante, a lo largo de nuestro estudio vamos a enfocarnos en el proceso de “incapacitación” o “modificación de la capacidad civil” en la aplicación a un grupo especial de “discapacitados” que es la persona con autismo y cómo afecta esta especial deficiencia en la capacidad de obrar.

2.2 Régimen de modificación judicial de la capacidad civil.

2.2.1 Modificación Judicial de la Capacidad Civil o Incapacitación.

El proceso de modificación judicial de la capacidad, o conocido como “proceso de incapacitación” se regula principalmente en el Libro IV “De los procesos especiales”, Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, Capítulo II de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC). Es un proceso especial pues, se diferencia también de otros procesos por no suponer en sí el litigio de dos partes con intereses privados, sino que cuyo fin es, como reza la STS 1945/2015⁶ *“la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.”*

A pesar de que en normas como la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley Orgánica 11/2015 de 21 de Septiembre que refuerza la Protección de las Menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción del embarazo; en la nueva redacción del artículo 1263.2º del Código Civil por la Ley 26/2015 de 28 de Julio de Modificación del Sistema de protección a la infancia y adolescencia o la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, se utiliza el concepto de “modificación de la capacidad civil” en vez de “incapacitación”, este término último sigue utilizándose en la redacción de diversas normas como la Ley de Enjuiciamiento Civil. Inclusive hubo un borrador de anteproyecto de ley recogido en el Documento de Trabajo elaborado por el Ministerio

⁵ *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; BOE núm. 299 de 15 de Diciembre de 2006.*

⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1945/2015 de 13 de Mayo.

de Justicia sobre la posible reforma del Código civil, del estatuto orgánico del ministerio Fiscal y de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente; cuyo fin era la “*Adaptación de la terminología empleada en la legislación civil y procesal (incapacidad, incapacitación) a la terminología empleada en la Convención*”⁷. Se ha optado por los términos “*modificación judicial de la capacidad*” y “*persona con capacidad modificada judicialmente*.” Como aún sigue denominándose “proceso de incapacitación” en muchas disposiciones normativas y así, a lo largo de los artículos de la LEC que lo regulan observaremos que sigue con esta nomenclatura, nos referiremos al proceso de incapacitación si bien no abandonamos la crítica de la falta de adaptación de la mera nomenclatura a nuestro Ordenamiento Jurídico vigente más de una década después de la propia Convención que será objeto de análisis en el Capítulo III de este trabajo.

2.2.2 *Proceso de incapacitación características generales.*

El proceso de incapacitación es un proceso civil especial que, conlleva la restricción de la capacidad de obrar y por lo tanto, de la actuación de las personas sometidas al mismo, y es que

(...) toda restricción de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes así como al libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el artículo 10 de la Constitución (...)” afectando este proceso “*a principios y derechos recogidos en la Constitución, como el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución), el principio de igualdad jurídica (art.14) cuya efectividad corresponde a los poderes públicos (art. 9.2) o el derecho a la libertad y a la seguridad (art.17).*”⁸

Por ello se establecen especiales cautelas para que la “restricción de derechos” sea lo “menos restrictiva posible”, y el demandado resulta ser el presunto incapaz. Como proceso especial, no es el principio dispositivo el que rige el mismo, aunque se recoja como un proceso civil pues, tal y como enuncia el preámbulo de la LEC, el grado de influencia del principio dispositivo (de las partes) se regula por el interés público que el objeto procesal desprende. Así, por la especialidad del objeto también se establece su

⁷ Referido a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York 2006.

⁸ CERRADA MORENO, M.; “La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia.”; Noticias Jurídicas; Julio 2010; rec: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-/>

“indisponibilidad” (artículo 751 LEC) y el desistimiento exige la previa conformidad del Ministerio Fiscal.

Entre las especialidades, se exige la intervención del Ministerio Fiscal, según el artículo 749 de la LEC⁹. Además, el Ministerio Fiscal tiene un papel relevante a lo largo de todo el proceso (como en el desistimiento del objeto procesal, (art 751.2.1º LEC), inclusive en la representación del presunto incapaz cuando no haya sido esta institución la que promueva el proceso (artículo 758 LEC). El motivo por el que es necesaria la figura del Ministerio Fiscal es por la trascendencia pública que tiene este proceso civil.

Otras de las especialidades es la legitimación activa, que reside en los interesados, su tutor, sus progenitores, cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos (cerrando el grado de colateralidad al segundo grado), el Ministerio Fiscal, o la autoridad pública en conocimiento del Ministerio Fiscal, o “cualquier persona” (artículo 757 LEC). Aun así, cercena la legitimación activa cuando el interesado es un menor de edad, que *“sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.”*¹⁰ La legitimación pasiva, o el demandado, es el propio y presunto incapaz, que citando la STS del 30 de Diciembre de 1995¹¹, es *“un único sujeto pasivo o demandado, que ha de ser inexorablemente la persona a la que se trata de incapacitar.”*

El proceso, sigue los trámites del juicio verbal si bien, goza de preferencia en su tramitación (art 753 1. y 3.) además de que el tribunal de oficio puede decidir la exclusión de la publicidad. En la redacción de la demanda se debe solicitar las pretensiones estimadas si bien, el juez no se limita a juzgar sobre el “petitum” sino que es él mismo quien gradúe el grado de incapacidad de la persona.¹² Así, la STS 1082/2002 explica que en el caso en el que el se pidiera la incapacitación total de la persona afectada, pero el proceso muestra que *“la misma padece un nivel de deterioro*

⁹*“En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.”* Artículo 754; Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, BOE num 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ Artículo 756, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, BOE num 7 de Enero

¹¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1995/9664 del 30 de Diciembre

¹² IGLESIAS CANLE, I., CANDAL JARRÍN I.S; “Los procesos sobre capacidad de las personas: Especial referencia a las personas dependientes.”; Tirant Monografías 652; Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009.

*psíquico-físico que no implica esté falto para gobernar su persona sino, exclusivamente, para ejercitar normalmente la gestión de su patrimonio (...)*¹³, el juez pueda graduar la petición concediendo el grado de incapacidad que realmente se adapte a la persona y que incluya qué se debe incluir en la protección y qué no (del contenido de la sentencia se tratará más exhaustivamente en el epígrafe 3, en relación a las “Clases de incapacitación”). La presencia del presunto incapaz o demandado es esencial por lo que, no se prevé (tampoco legalmente) la situación de rebeldía, y es que el juez debe examinar al incapaz y decidir sobre su incapacitación. Otra cuestión es que el demandado, se oponga a la declaración de incapacidad como contestación a la demanda, que podría darse el caso.

No obstante, sino se pide en la demanda, el Juez no puede decidir el nombramiento de la persona que asistirá y representará al incapaz, no pudiendo constituir la institución de la tutela, curatela o representante¹⁴ en la sentencia que declara la incapacidad pues, no se solicitó, si bien, deberá “ordenar en tal caso la deducción del oportuno testimonio para iniciar de oficio el expediente de constitución de la tutela o curatela”¹⁵ pudiendo, inclusive de oficio, constituir la institución (Artículo 228 a 232 del Código Civil).

La práctica de la prueba es importantísima en este proceso en particular pues, no queda a la libre disposición de las partes, y exige la propia ley, además de la audiencia a familiares y parientes próximos, o futuros representantes o asistentes del presunto incapaz; un dictamen pericial médico obligatorio sin el cual “nunca se decidirá sobre la incapacitación” (artículo 759.1 LEC). El juez no se limita a juzgar sobre la prueba aportada sino que puede practicar de oficio las pruebas que crea pertinentes, siendo relevante por encima de todas el examen del presunto incapaz que es además es requisito imprescindible para que se pueda declarar la incapacidad judicial. También es necesario el dictamen médico pericial así como los informes de los médicos forenses,

¹³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1082/2002 de 20 de Noviembre.

¹⁴ La tutela, curatela y guarda de hecho pueden constituirse en su propio procedimiento de acuerdo al Título II, Capítulo IV, de la Ley 15/2015 del 21 de Julio de Jurisdicción Voluntaria, si bien, la jurisprudencia admite que si se pide en la propia demanda de incapacitación la constitución de la misma, pueda la sentencia de incapacidad instituirla.

¹⁵ CERRADA MORENO, M.; “La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia.”; Noticias Jurídicas; Julio 2010; rec: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-/>

así como la prueba aportada por las partes. Otra de las pruebas que se practica en un proceso sobre la capacidad de las personas es la testifical de los parientes más próximos del incapaz natural, en general ascendientes o descendientes, cónyuge si lo hubiera, hermanos...

De la sentencia trataremos más exhaustivamente en el próximo epígrafe pero, mencionar a priori que la misma declara los límites y extensión de la incapacitación como hemos explicado anteriormente y el régimen al que se va a someter al incapacitado, una sentencia que no es inamovible y eterna sino que puede sufrir modificación y revisión en procesos posteriores (artículos 760 y 761 de la LEC). Además, la sentencia va a constar en el “Libro de incapacitaciones del Registro Civil Municipal y Central”, pues, de acuerdo con el artículo 79.1 de la Ley del Registro Civil;

La declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado. La inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial.

Además también acceden al Registro las instituciones de tutela¹⁶, curatela o el defensor judicial (artículo 73 y 74 Ley del Registro Civil), siendo consecuentemente su inscripción requisito para su oponibilidad frente a terceros (artículo 73.2 Ley del Registro Civil).

2.3 Sentencia de modificación de la capacidad. Clases de incapacitación.

La sentencia que declara la incapacitación es importantísima pues, ella determina hasta qué se extiende y a qué régimen va a someterse el incapacitado, por lo tanto, es clave para determinar qué clase de incapacitación va a regir para el caso concreto (artículo 760.1 LEC)¹⁷. Puede declarar la incapacitación total en el caso de que el demandado o incapaz no pueda ni cuidar de su patrimonio ni administrar sus bienes

¹⁶ Artículo 73 Ley del Registro Civil: “1. Se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador. Asimismo, tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares. 2. Dichas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones.” Artículo 73 Ley 20/2011 del Registro Civil, BOE num 175 del 20 de Julio.

¹⁷ “1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.”; Artículo 760.1 Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, BOE num 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

pero, tampoco cuidarse de su persona; o puede declarar la incapacitación parcial si se considera que el demandado sí que puede tomar ciertas decisiones sobre el gobierno de su persona e inclusive, puede realizar determinados actos per se y sin ayuda, si bien, cuando se traten de actos de mayor trascendencia jurídica va a requerir la ayuda de otra persona. En los casos de incapacidad parcial es muy importante que se establezcan los límites en la propia sentencia, y que se especifique *“qué actos puede el incapaz realizar por sí mismo, y para qué actos necesita asistencia.”*¹⁸

Así, podemos resumir que la sentencia de modificación de la capacidad debiera tener las siguientes características. En primer lugar, adaptarse perfectamente a la persona afectada, diseñando una protección individualizada a cada caso, o tal como sentenció el Tribunal Supremo en la STS 341/2014, *“debe ser un traje a medida”* pues, *“debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada (...) lo que se plasma en la graduación de la incapacidad (...) que puede ser tan variada como variadas son (...) las personas.”*¹⁹ Establecer los límites en la sentencia es una manera de determinar hasta qué punto está cercenada o no la capacidad de obrar de la persona incapacitada. No obstante, en ciertas ocasiones, el Código Civil determina que el incapacitado puede ejercer los derechos que la ley le otorgue o los que pueda realizar por sí mismo (artículo 267 del Código Civil)²⁰; siendo los derechos que la ley otorga los derechos de carácter personalísimo, si bien, en la práctica el ejercicio de estos derechos se realiza a través de la institución tutelar.²¹ Así, aunque la sentencia debiera ser graduable y manifestarse en cada uno de los actos que pudiera realizar la persona con discapacidad o no, la realidad práctica es que hay dos modelos de sentencias: *“la que declara la capacidad modificada totalmente, y la que la declara parcialmente, siendo prevalente la primera.”*²²

¹⁸ ELORZA DEL RÍO, A. “Guía Práctica sobre la incapacitación judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas discapacitadas”; Fundación Tutelar de La Rioja, Diciembre 2004.

¹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 341/2014 del 1 de Julio.

²⁰ Artículo 267 del Código Civil: *“El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”*

²¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J; “La Incapacitación en España”; Revista Boliviana de Derecho n° 17, Enero 2014.

²² RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José Mª, CORRIPIO GIL-DELGADO, Mª Reyes; “Derecho de la Persona: Introducción al Derecho Civil”; Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pg 250.

En segundo lugar, que esta sentencia puede ser modificable tal y como se ha explicado en el epígrafe anterior, pues realmente, la capacidad de una persona puede variar a futuro si la situación del declarado incapaz mejora, o viceversa, si empeora (Artículo 760.1 LEC). Eso sí, requerirá incoar un nuevo proceso para modificar el grado de incapacidad o reintegrar plenamente la capacidad.²³

La tercera y última característica que desgranamos de la sentencia de modificación de la capacidad es el establecimiento en la misma de la institución tutelar o el apoyo a la capacidad del declarado como incapaz, que analizamos en el próximo epígrafe y relativo a la Convención de las personas con discapacidad de Nueva York en 2006 en el Capítulo Tres pues, las figuras tradicionales de tutela/curatela y los binomios clásicos de “incapacitación total-tutela”, “incapacitación parcial-curatela”, se ponen en entre dicho con este texto convencional pero también, con la aplicación práctica de nuestro régimen de modificación de la capacidad en la realidad.

2.4 Aplicación del sistema de la modificación de la capacidad.

Cuando una persona es declarada incapaz mediante sentencia judicial, se producen importantes efectos alrededor de su persona. Así, se limita su “capacidad de obrar” y se reduce, en ocasiones, al mero ejercicio de derechos personalísimos que se realizan a través del tutor. No obstante, no todas las sentencias que modifican la capacidad de obrar producen los mismos efectos jurídicos (y tampoco deberían por la necesidad de que el juez realice “un traje a medida” de protección del incapaz), pues dependiendo de la graduación, tendrá unas consecuencias u otras. Es también una de las consecuencias la creación de la institución tutelar si se solicitó en la demanda, tal y como hemos aproximado en el epígrafe 2.2. También puede decretar la sentencia el internamiento no voluntario a la luz del artículo 763 de la LEC que, exige tres requisitos taxativos²⁴ pues,

²³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A; “Capacidad, Incapacidad, Incapacitación, Modificación Judicial de la Capacidad”; Proyecto de Investigación: “La Jurisdicción Voluntaria”; Ministerio de Ciencia e Innovación; Mayo, 2011

²⁴ Del Artículo 763 de la LEC se deduce que son los siguientes: que no quiera pedirlo y/o que no sea capaz de decidirlo o tener plena conciencia de su decisión; que el internamiento se dé por razón de un “trastorno psíquico” que se deduce del examen del demandado y de los dictámenes facultativos; y finalmente, que la medida tenga un fin terapéutico, que será controlado de oficio y que cesará cuando, el juez, recabados los informes y pruebas médicas, estime o no su prolongación. No obstante, el inciso “*El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial*” del artículo 763.1 de la LEC fue considerado inconstitucional por la STC 132/2010 de 2 de Diciembre.

el internamiento es a la postre, una “*pérdida o restricción de la libertad (...) aunque sea por causa determinada y con una finalidad terapéutica*”²⁵, que además también exige su temporalidad y su excepcionalidad.

Los derechos afectos son los que conciernen al “autogobierno” de la persona (STS 781/2014 del 14 de Julio) , aquello concebido como la “administración” de sí mismo y de su propios intereses, que jurisprudencialmente se divide en tres aspectos: primeramente el patrimonial, la protección de sus interese económicos e independencia en la actividad económica; el interpersonal con “*capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria de forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural*”²⁶; y finalmente el personal, tanto el manejo de su vida cotidiana, sus necesidades físicas y su propio entorno para sí. La sentencia tendrá que declarar exactamente qué derechos quedan afectos, de qué manera y qué efecto tendrá, pues, en caso de duda o de no concreción, no cabe la interpretación extensiva o la aplicación analógica pues “*estamos en el terreno de limitación de derechos fundamentales, de aplicación siempre restrictiva*”²⁷. La limitación puede afectar al ámbito patrimonial²⁸ como la administración, gestión, enajenación de bienes, operaciones crediticias, mercantiles, etcétera, pues, la creación de la institución protectora del incapaz será la que en representación del mismo se dedique a la gestión de los bienes teniendo que rendir cuentas ante el Juez de la misma, aspecto que se trata a continuación. Pero también, la limitación puede afectar al ámbito personalísimo como a derechos tan elementales como el matrimonio, o el sufragio.

Uno de los efectos de la sentencia, tal y como hemos anunciado, es la constitución de la institución tutelar que servirá de protección de los derechos del

²⁵ IGLESIAS CANLE, I., CANDAL JARRÍN I.S; “Los procesos sobre capacidad de las personas: Especial referencia a las personas dependientes.”; Tirant Monografías 652; Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009.

²⁶ BRETÓN DÍEZ, N.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M; GUERRA MORA, P.; “Medidas de modificación judicial de la capacidad: ¿Protección o Iatrogenia?”; Revista de Bioética y Derecho; Observatori de Bioética i Dret de la Universitat de Barcelona, 2017, pg 73-86

²⁷ GONZÁLEZ MORÁN, L.; “Exclusión social y Enfermedad mental desde el Derecho”; en “MARTÍNEZ, J.L (Ed.); “Exclusión social y Discapacidad”; Dilemas éticos de la Deficiencia Mental nº7; Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2005.

²⁸ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, crea el concepto de “patrimonio protegido” con referencia al discapacitado, lo que se tratará con más profundidad a lo largo del trabajo pues, esta institución se refiere al área de la “discapacidad” y no de la “incapacidad” propiamente dicha.

incapaz. Aunque las tradicionales y más conocidas son la tutela y curatela, también se enuncia en el artículo 215 del Código Civil al defensor judicial²⁹; y, el Guarda de Hecho (artículo 303 Código Civil), la persona que convive con el incapaz en su vida cotidiana sin ninguna declaración judicial previa, y ejerciendo de tutor temporalmente encargándose de realizar los actos en beneficio del incapaz³⁰. Además, existen las figuras de la “prórroga de la patria potestad” (artículo 171 del Código Civil), en el caso de que fuese declarado incapacitado judicialmente antes de alcanzar la mayoría de edad; o la “rehabilitación de la patria potestad”, si el incapacitado es el hijo mayor de edad, soltero y que vive con sus padres, ejerciéndose por los padres como si el hijo fuera menor de edad y extinguiéndose ambas figuras por las mismas causas de extinción de la patria potestad.

El tutor es asociado clásicamente a la “incapacitación total”, al ser la figura que prácticamente suplente la capacidad de obrar, “*siendo este el representante legal y el administrador de sus bienes*”³¹, y considerado por el artículo 216 del Código Civil³² como un deber, que se ejercerán en beneficio del tutelado y que están supervisados por el juez y también, el Ministerio Fiscal. Prácticamente, el tutor suplente al incapaz, le representa (artículo 267 Código Civil), es el administrador del patrimonio legal del tutelado (artículo 270), además de tener obligación de alimentos para con el tutelado, informar al juez anualmente sobre la situación del mismo y de su patrimonio y promover si se diese el caso, la recuperación o adquisición de la capacidad del tutelado (artículo 269 Código Civil). Así, esta es la regulación legal en España y la que la práctica confirma, si bien, la jurisprudencia empieza interpretar nuestro sistema de modificación de la capacidad a la luz de la Convención de Derechos de los Discapacitados de Nueva York 2006 como la STS de 29 de Abril de 2009, que modela la tutela como un complemento de la capacidad con excepcional suplencia de la misma en las actividades que la sentencia enunciaba.

²⁹ Sin detenernos más en esta figura, el Defensor Judicial es la figura cuya función es resolver los conflictos de intereses entre tutor-tutelado, tutores, curador-incapaz.

³⁰ BURGOS DEL PINO, DM.; ROBLES SÁNCHEZ J.L.; “*Sobre la Incapacitación civil en las demencias: normativa vigente y revisión de sentencias del Tribunal Supremo.*”; Sanid.mil; 2014; 70 (3) ISSN 1887-8571.

³¹ BURGOS DEL PINO, DM.; ROBLES SÁNCHEZ J.L.; “*Sobre la Incapacitación civil en las demencias: normativa vigente y revisión de sentencias del Tribunal Supremo.*”; Sanid.mil; 2014; 70 (3) ISSN 1887-8571.

³² Artículo 216 del Código Civil: “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”

El curador supone más una medida de apoyo o de complemento, pues tal y como redacta la STS 282/2009, “*se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función (...) de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos (...)*.”³³ El artículo 289 del Código Civil regula la curatela como la institución que asiste en los actos que la sentencia determine, enfatizando que es un modelo de asistencia y no de suplencia. Estudiamos esta figura con más determinación en el siguiente capítulo, pues es la que más se adapta al modelo proclamado por la Convención, y también, en relación con el caso práctico de nuestro estudio, el Autismo³⁴, al ser un trastorno neurobiológico cuyo espectro de casos y de graduación es muy amplio, y que representa en ocasiones momentos de plena lucidez con momentos de plena incapacidad, que pudieran ser sujetos de curatela y no de tutela.

³³ DE SALAS MURILLO, S.; “Repensar la Curatela”; Derecho Privado y Constitución, Universidad de Zaragoza, ISSN: 1133-8768. Núm. 27, enero-diciembre 2013. Págs. 11-48

³⁴ “*Las manifestaciones clínicas de los TEA pueden variar enormemente entre las personas que los presentan, así como sus habilidades intelectuales, que pueden ir desde la discapacidad intelectual a capacidades intelectuales situadas en el rango medio, o superiores al mismo. Sin embargo, todas las personas con TEA comparten las diferentes características que definen este tipo de trastornos.*”; Definición de “Trastorno de Espectro Autista” aportada por la Confederación del Autismo de España, www.autismo.org

3. CONVENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NUEVA YORK DEL 2006 Y EL RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.

3.1 Objetivos de la Convención.

La Convención de las personas con Discapacidad de Nueva York del 2006 (Convención en adelante) firmada en el seno de las Naciones Unidas, fue un instrumento revolucionario en el ámbito de los derechos de las personas con diversidad funcional y los derechos humanos pues, supuso la visibilidad de este colectivo que hasta entonces había sido considerado como un sujeto que sólo puede ser protegido y recluido “contaminado por la percepción médica de la discapacidad”³⁵; a incluirse la discapacidad, cambiando el concepto a “diversidad funcional” para ser tenida en cuenta en la realidad para moldear la sociedad. Es importante definir que, la Convención deja atrás el modelo médico de la discapacidad (como una enfermedad, como deficiencias, como barreras), para adoptar el modelo social de la ya no discapacidad, sino diversidad funcional (como un colectivo que aporta a la sociedad).³⁶

Además de la protección de los Derechos Humanos y la visibilidad al colectivo con diversidad funcional, propósito que enuncia en el Artículo 1 de la Convención³⁷, este texto establece obligaciones a los estados firmantes para poder cumplir los principios que en su artículo 3 promulga como el respeto a la dignidad, la autonomía individual e independencia (e inciden en la libertad de tomar decisiones propias), inclusión plena y real en la sociedad participando en la misma, respeto, igualdad de oportunidades, accesibilidad y, respeto a la identidad. En el artículo 4, establece las obligaciones generales que los Estados deben cumplir, incluyendo la adopción de todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para la efectividad de los derechos que

³⁵ PALACIOS, A.; ROMANACH, J.; “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”; *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*; ISSN 1887 – 3898

³⁶ “El eje teórico del modelo social, acepta la capacidad como elemento teórico que define a la persona y reivindica que la persona con “dis-capacidad” tiene capacidades que, con los apoyos necesarios, pueden hacerle plenamente partícipe en la sociedad.” PALACIOS, A.; ROMANACH, J.; “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”; *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*; ISSN 1887 – 3898

³⁷ “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.(...)” Artículo 1; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York 2006, BOE Núm 96, Abril 2008.

en este texto se reconocen. Crea también un Comité que controlará la aplicabilidad o no de la Convención a los Estados partes, organismo que pedirá informes a los mismos para observar la implantación y aplicación de los principios enunciados en la Convención así como sus obligaciones (Artículo 34 de la Convención). Por lo tanto concluimos que la Convención no nace simplemente con un espíritu meramente declarativo sino constitutivo, pues, enuncia derechos de las personas con discapacidad, y obligaciones para los Estados firmantes, estableciendo un órgano de control que es el Comité y mecanismos de denuncia en el Protocolo Facultativo, al que las personas con discapacidad o grupos podrán acudir tras agotar todas las vías posibles en los sistemas judiciales de los Estados partes, para realizar sus reclamaciones.

3.2 Aplicación y transposición en España.

España ratificó la Convención y el Protocolo facultativo que entró en vigor el 3 de Mayo de 2008. Desde entonces, se han promulgado (año 2016) en España, 42 Leyes, 75 Reales Decretos y 14 Órdenes Ministeriales en España por razón de la Convención, mas, la legislación particular autonómica.³⁸

En 2011 se aprueba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; cuya exposición de motivos indica que desde su aprobación, y con la promulgación de esta ley, España supera el modelo médico de la discapacidad reconocido en el artículo 46 de la Constitución Española *“asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social”*³⁹ El espíritu de esta ley, es, además de modificar toda la legislación pertinente para que se cumpla lo ratificado en la Convención, es adoptar el modelo social de la discapacidad, pues, tal y como enuncia en la exposición de motivos: *“La presente Ley, de acuerdo con la Convención, supera este modelo médico asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo*

³⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD; “2006-2016: 10 Años De La Convención Internacional Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad – Balance De Su Aplicación En España”; Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Gobierno de España, 2016

³⁹ Exposición de Motivos, Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE num 184

conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.”⁴⁰

En un principio, se considera que España se adapta a lo adoptado en la Convención pues, no solamente la promulgación de esta ley sino la modificación de una gran cantidad de legislaciones de nuestro Ordenamiento Jurídico, parecen que inspiran la concepción nueva de la discapacidad alejándola de lo que nuestra Constitución Española recoge en su artículo 49⁴¹. Así fue el espíritu también, de leyes como la Ley 1/2009 de 25 de Marzo de reforma de la Ley del Registro Civil, y de la Ley 41/2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que prevé la mejora del régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados, así como mejorar “*la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para los fines de control que se persiguen(...)*”⁴² Se preveía una reforma sustancial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de capacidad con el anteproyecto de ley en materia de modificación judicial de la capacidad, que pretendía modificar los Títulos IX y X del Libro I y artículos 166 y 171 del Código Civil, así como el Capítulo II del Título 1 de la LEC.⁴³ Este anteproyecto de ley armonizaba la legislación civil y procesal de acuerdo a la Convención y también, a la Ley 1/2009 de reforma de la Ley del Registro Civil que, utilizaban términos como “modificación de la capacidad” en vez de “incapacidad”. Así, pretendía eliminar la distinción entre capacidad de obrar y capacidad jurídica en sintonía con lo establecido en el artículo 12 de la Convención que estudiamos en el próximo epígrafe con profundidad, buscando además “medidas de apoyo” en vez de “interdicción” y que la intervención en la capacidad de la persona sea

⁴⁰ Exposición de Motivos, Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE num 184

⁴¹ “*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.*” Artículo 49, Constitución Española 1986

⁴² Exposición de Motivos, Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad; BOE num 83.

⁴³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A; “Capacidad, Incapacidad, Incapacitación, Modificación Judicial de la Capacidad”; Proyecto de Investigación: “La Jurisdicción Voluntaria”; Ministerio de Ciencia e Innovación; Mayo, 2011

la estrictamente necesaria, sea proporcional y adecuada al caso concreto.⁴⁴ Por lo tanto, supondría replantear las figuras de tutela y curatela, inclusive promocionando una nueva visión del curador como proveedor del apoyo necesario a la personalidad jurídica de la persona sin actuar como la persona en sí.

No se ha realizado todavía la esperada reforma del Código Civil, ni tampoco de la Ley de Enjuiciamiento Civil para ajustarla a los principios de la Convención por lo tanto, hoy en día la legislación civil en materia de incapacitación se mantiene anclada en un modelo médico o paternalista frente a la normativa sobre discapacidad mucho más moderna y respetuosa con la persona en ámbitos como el administrativo, laboral o civil. Así, a pesar de las reticencias, también la Jurisprudencia ha ido evolucionando desde interpretar meramente la legislación interna a la luz de la Convención a, enunciar como expusimos en el anterior capítulo, que la incapacitación debe ser graduable a la persona (STS/2015 de 20 de Octubre), o la primera y considerada como revolucionaria, STS 282/2009 de 29 de Abril al enunciar 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 deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Concluimos que al final, la aplicación de los principios de la Convención al proceso de modificación de la capacidad ha quedado en manos de la jurisprudencia, pues, no se ha llevado a cabo la modificación legislativa propuesta que supondría la verdadera aplicación de la Convención al derecho civil español.

3.3 Críticas al Sistema español. El artículo 12 de la Convención.

3.3.1 Observación general del Artículo 12 de la Convención.

El artículo 12 de la Convención⁴⁵ parte de la base de que las personas con discapacidad deben tener la misma personalidad jurídica reconocida en igualdad de

⁴⁴ “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad “; Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad; 13 de Junio de 2012, Madrid.

⁴⁵ “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.

condiciones que los demás, eliminando la distinción que en nuestro ordenamiento existe de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”. Por lo tanto, no promueve que exista un proceso de incapacitación que reduzca o elimine esa personalidad jurídica si no que, tal y como enuncia en su artículo 12.3, se deben establecer unas medidas de “apoyo” para el ejercicio de la capacidad jurídica, y que no se cometan abusos contra estas personas. Además, reconoce el ejercicio de esta capacidad jurídica en relación a la propiedad, el derecho de sucesiones, derechos reales, etcétera. De esta manera, está reivindicando un derecho que es requisito para que se obtengan los demás pues

Siendo la capacidad jurídica indispensable para el ejercicio de todos los derechos: económicos, sociales y culturales (...) su negación supone la eliminación de muchos de sus derechos fundamentales, como el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico, el derecho de sufragio, y muy especialmente, en las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que pueden verse afectadas, tras su declaración de incapacidad, de “la sustitución en la adopción de sus decisiones.”⁴⁶

Este artículo es relativamente revolucionario en materia de derecho civil. Analizándolo por partes podemos deducir en primer lugar que la capacidad de una persona es puramente jurídica y no se diferencia de “capacidad de obrar”, lo que no limita a una persona a realizar ciertos actos, que es lo que limita la concepción de “capacidad de obrar”. Esto también podría replantearnos que, al igual que el discapacitado pudiera tener plena personalidad jurídica, ¿qué pasaría con los menores cuya personalidad jurídica está limitada?, pero si estudiamos la legislación civil y los actos que los menores pueden hacer, así como los derechos que se les tiene reconocidos, realmente el menor maneja un mayor margen de maniobra en cuanto a capacidad jurídica se refiere que el incapacitado judicialmente por motivo de su discapacidad que le lleva a una falta de autogobierno.

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. (...)

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. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York 2006, BOE Núm 96, Abril 2008.

⁴⁶ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; “De la efectiva aplicación de la convención internacional de las naciones unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno.”, Ponencia, 2017.

En segundo lugar, el Artículo 12 reconoce que los discapacitados tendrán la misma personalidad jurídica que el resto en los aspectos de la vida, lo que nos lleva a considerar el ejercicio de los derechos fundamentales, los derechos humanos pero también el ejercicio del derecho en el ámbito civil. Por lo tanto, a la luz de este artículo, el discapacitado incapacitado por razón de su discapacidad, podría contraer matrimonio sin, la necesidad del dictamen médico que exige el artículo 48 del Código Civil, pues además de que debiera ejercer plenamente su personalidad jurídica y con ello, el consentimiento otorgado debiera ser válido sin más pruebas que la propia; el artículo 16⁴⁷ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclama el derecho a casarse y fundar una familia. Tampoco debería suponer ningún impedimento al derecho al sufragio activo, e inclusivamente, el artículo 3.b) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, expone que, si en la sentencia no se especifica concretamente que este derecho queda afectado, el incapacitado por discapacidad podría ejercer libremente su derecho; tal y como establece el artículo 29 de la Convención sobre los derechos políticos.

El artículo 12.3 de la Convención expone que se debe proporcionar apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, acompañado del siguiente párrafo en el que también se expone la necesidad de evitar los abusos hacia este colectivo a través de un apoyo “jurídico”, lo que promulga una institución o medidas de apoyo para los discapacitados, pero no una institución tutelar o de representación como la tutela que supla plenamente su capacidad jurídica. El apoyo además se configura como algo adaptado a cada persona y a cada circunstancia, así como a la naturaleza de la decisión. La figura que, en nuestro derecho, podría adaptarse más a lo requerido por la Convención es la curatela, pues, acorde al artículo 289 del Código Civil, *“La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”*. Aun así, el curador tiene al final, un poder de “veto” de los actos del incapaz pues, conforme al artículo 29: *“Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del*

⁴⁷ *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”* Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 1948.

propio curador o de la persona sujeta a curatela, (...).”⁴⁸ La jurisprudencia como en la ya mencionada STS 282/2009 de 29 de Abril, incidió en nuevas formas de tutela y curatela, que se desligaban de la tradicional división tutela-incapacitación total, curatela-incapacitación parcial, y que, en la línea de la Convención, moldean la figura de la incapacidad de acorde a la graduación real de la incapacitación. No obstante, discrepamos en este punto con la jurisprudencia pues, al final, lo que hacen es reinterpretar el derecho interno de manera que al final, parezca que cumple con lo establecido en la Convención. Y observamos por el análisis, que no hay ninguna figura en el derecho civil común que se corresponda al modelo de apoyos que la Convención promulga.

Relacionado con este último párrafo, está el artículo 12.5 de la Convención que afirma la necesidad de que las personas con discapacidad puedan disponer de su patrimonio, tengan derechos patrimoniales propiamente dicho, sean susceptibles de heredar, de dominar y de acceder a contratos como el préstamo, la hipoteca etcétera, apoyados por esta institución antes referenciada. En este caso consideramos que lo que se quiere incidir es que, la persona discapacitada tiene una formación libre de la voluntad para contratar y que por ello puede acceder a este tipo de contratos. Así, la figura de apoyo serviría para evitar los abusos que puedan igual cometerse contra esta persona, pero también, para hacerla entendedora de lo que se vaya a contratar.

3.3.2 Críticas a la falta de trasposición de la Convención.

La falta de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la Convención, es una cuestión a estudiar y con la que trabajar pues, más de una década después de la firma de la Convención, todavía existe un desfase entre nuestra legislación civil y administrativa que dejan a la discapacidad en una especie de encrucijada: por un lado, leyes como la Ley 26/2011 promulgan el modelo social de la discapacidad así como el reconocimiento de los derechos que la Convención establece pero; en el ordenamiento civil, que es al que en la práctica se someten la mayor parte de los discapacitados por el proceso de incapacitación, seguimos arrastrando el modelo médico que inclusive, la Constitución

⁴⁸ “A efectos prácticos, lo mismo consigue el tutor haciendo o no haciendo algo en nombre del tutelado, que el curador vetando una actuación del sometido a curatela que no considere conveniente” DE SALAS MURILLO, S.; “Repensar la Curatela”; Derecho Privado y Constitución, Universidad de Zaragoza, ISSN: 1133-8768. Núm. 27, enero-diciembre 2013. Págs. 11-48.

Española mantiene. Además, se incumple así la Disposición final primera 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, pues, establecía esta misma que

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 (...).

El por qué de este desfase legislativo entre la Convención y el Ordenamiento jurídico español puede deberse, a que nuestro sistema legal no estaba preparado para adaptarse a este texto en el momento de su ratificación, y que, la adaptación normativa ha venido a posteriori sin ningún orden ni criterio. Así, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, *“señala a España un nutrido conjunto de medidas y decisiones, legislativas y políticas, que debe poner en práctica para avanzar en el ajuste entre la Convención y el Derecho nacional.”*⁴⁹

Aunque haya habido esfuerzos legislativos en adaptar la Convención, se han ignorado grandes mandatos de la Convención, sin ir más lejos el mismo artículo 12 importantísimo y con un impacto bastante grande en nuestro ordenamiento jurídico civil. También se ha obviado la eliminación de la discriminación por causa de discapacidad, sin reformar nada al respecto sobre mandatos de la Convención como la educación inclusiva, o por ejemplo la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que, permite el aborto por causas de discapacidad, precepto que puede calificarse como eugenésico. No ha habido tampoco intención de reformar el artículo 49 de la Constitución Española que, sigue manteniendo esa redacción tan “anti-convencional”.⁵⁰ Y 10 años tras la ratificación del tratado, no se ha reformado el Código Civil reconociendo la personalidad jurídica de todas las personas de acuerdo con el Artículo 12 de la Convención, ni, la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los procesos de modificación de la capacidad; siendo el

⁴⁹ CAYO PÉREZ BUENO, L.; “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en España: la agenda legislativa pendiente una década después.”; en; “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia”, CINCA EDICIONES, Madrid, 2016

⁵⁰ KINDELÁN BUSTELO, M.; “Nuestro ordenamiento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una visión general sobre los retos pendientes” en “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los hechos al derecho”; TIRANT LO BLANCH, Homenajes & Congresos, 2017

reconocimiento de la personalidad jurídica el primer paso para reconocer otros derechos, tal y como dice y citamos anteriormente, el Fiscal de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Carlos Ganzenmüller Roig.

En relación a las instituciones tutelares, seguimos manteniendo el mismo sistema de tutela y curatela sin haber “creado” al efecto una figura que realmente represente el modelo de apoyos que el artículo 12 de la Convención promulga. La tutela supone la total sustitución de la persona y *“difícilmente tiene encaje en la Convención, pues incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida que se pueda conocer su voluntad, (...).”*⁵¹ La curatela, como hemos expuesto en el epígrafe anterior podría suponer una solución temporal hasta la adopción total de una nueva institución que sí se está considerando en Derechos como el Civil Catalán al que hacemos referencia en el Capítulo IV; si bien, a ella le persigue una problemática parecida a la de la tutela, pudiendo vetar al final, la decisión del incapaz, y, al final para beneficiarse de este “apoyo”, la persona tiene que ser previamente incapacitada, con lo que *“se ve privado de esa misma capacidad que se debería asistir y apoyar.”*⁵² Tampoco son instituciones que se prevean para la asistencia puntual en un momento concreto si no que, son perpetuas a lo largo del tiempo que dure la incapacidad que, puede ser vitalicia.

Observamos que la crítica a la falta de trasposición en España de la Convención proviene, tanto del mismo órgano de control de la Convención, Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, así como de la doctrina pero sobre todo, de un grueso de jueces y de fiscales (por ejemplo, el Fiscal de la Sala 1ª del Tribunal Supremo), que intentan mediante la decisión judicial, modular la graduación de la incapacidad para que sea lo menos “coercitiva” posible si bien, no dejan de volver a intentar interpretar la legislación civil de España conforme a la Convención lo que, consideramos que no deja de ser contradictorio. Al final se justifica de una manera u otra que las instituciones tutelares del Ordenamiento Jurídico español son las adecuadas

⁵¹ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; “De la efectiva aplicación de la convención internacional de las naciones unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno.”, Ponencia, 2017.

⁵² CABELLO DE ALBA, Federico.; “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”; en La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los hechos al derecho”; TIRANT LO BLANCH, Homenajes & Congresos, 2017

a lo establecido en la Convención a pesar de que el propio estudio del artículo 12 y del texto en general.

4. MODELOS DE PROTECCIÓN. EL CASO DEL AUTISMO.

4.1 Introducción al Autismo y TEA.

Los trastornos de espectro autista o TEA y el Autismo, son alteraciones que se dan “en el neurodesarrollo de competencias sociales, comunicativas y lingüísticas y, de las habilidades para la simbolización y flexibilidad.”⁵³ Los TEA se manifiestan en la infancia de las personas prolongándose a lo largo de su crecimiento y su vida, y, suelen acompañarse de otras enfermedades como la depresión, TDA o Trastorno de Déficit de Atención, Hiperactividad, Ansiedad o Epilepsia. Tampoco es este un trastorno uniforme sino que, se manifiesta en varias graduaciones variando así, el nivel intelectual de la persona pudiendo encontrar casos de personas totalmente dependientes, a autismos con altísimas capacidades cognitivas que pueden autogobernarse sin impedimentos.⁵⁴ Según la Organización Mundial de la Salud, 1 de cada 160 personas tiene TEA, lo que supone un gran número de personas con diversidad funcional.

En el seno de la Convención, las Naciones Unidas adoptó el 12 de Diciembre de 2012 la Resolución 67/82 de *Atención de las necesidades socioeconómicas de las personas, las familias y las sociedades afectadas por los trastornos del espectro autístico, los trastornos del desarrollo y las discapacidades conexas*, en la que se reconoce la gran variedad de TEAs y la dificultad para los Estados de “hacer frente a ellas”, así como la necesidad de promover la inclusión, la libertad, el desarrollo de su voluntad y los derechos de este colectivo.⁵⁵

El autismo, como mencionamos, se manifiesta en diversas graduaciones, que se suelen clasificar en general de acuerdo a la clasificación establecida por el psicólogo Ángel Riviere en “grado 1, trastorno autista”, “grado 2, autismo regresivo” y “grado 3, de alto funcionamiento”, de mayor a menor gravedad, y de menor a mayor autonomía.

⁵³ Definición tomada de la Confederación de Autismo de España, FESPAU; <http://www.fespau.es/autismo-tea.html>

⁵⁴ Organización Mundial de la Salud; “Trastornos de Espectro Autista”; Nota Descriptiva; Abril 2017; <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/autism-spectrum-disorders/es>

⁵⁵ “Preocupada porque las personas con trastornos del espectro autístico, trastornos del desarrollo y discapacidades conexas siguen encontrando obstáculos para participar como miembros de la sociedad en pie de igualdad, y reafirmando que la discriminación de cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes al ser humano”; Resolución 67/82 Organización de las Naciones Unidas sobre la “Atención de las necesidades socioeconómicas de las personas, las familias y las sociedades afectadas por los trastornos del espectro autístico, los trastornos del desarrollo y las discapacidades conexas”; 19 de Marzo de 2013

Así, mientras que la persona con grado 1 de Autismo tendrá grandes dificultades para autodesarrollarse y así, para autogobernarse; la persona que manifiesta grado 3 de Autismo en general tiene altas capacidades cognitivas y de percepción de la realidad. No obstante, las clasificaciones son generalizaciones que en la realidad son más complejas de determinar si bien, al menos ayudan a deducir el mayor o menor grado de independencia de la persona.

4.2 Soluciones jurídicas de protección de la persona con autismo.

La persona autista, dependiendo de su grado de manifestación de esta neuropatía, va a requerir una institución de protección adaptada a ella misma. Si va a ser sometida a un proceso de incapacitación judicial, va a requerir que la institución de protección que se cree para ella sea realmente un traje a medida tal y como ha reiterado la jurisprudencia, puesto que, habrá personas con autismo con un alto grado de discernimiento que quizás no requieran una institución altamente protectora sino simplemente unas medidas de apoyos para ciertos actos que quizás no pueda realizar por sí mismo o, inclusive, realmente no requiera de ninguna institución tutelar; pero habrá personas con autismo que sí van a exigir mucha más protección. Así, la STS N° 597/2017 (Sección 1ª) del 8 de Noviembre de 2017⁵⁶, afirma que *“lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio.”*

La primera solución que debiera de ofrecerse es que cada persona afectada con autismo tenga su propio “traje a medida” en relación a la protección, y cuyos derechos se vean mínimamente restringidos a la luz de la Convención. Eso significa que, para realmente cumplir con lo que por mandato convencional se establece y para adaptarnos a la nueva realidad social y al colectivo de las personas con discapacidad que demandan la no exclusión sino la inclusión adaptativa de cada uno de ellos a la sociedad; se debieran revisar nuestras instituciones de guarda y protección del incapaz. Se debiera de garantizar también, que realmente la institución de protección del incapaz se adaptase realmente a sus necesidades y a su estado particular, y por ello la sentencia debiera

⁵⁶ STS N° 597/2017 (Sección 1ª) Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 516/2017 de 08 de Noviembre de 2017

pronunciarse específicamente sobre aquellos actos que pueda realizar o no. Esto también debiera residir en el principio de presunción de que la persona es capaz y no, de que la persona es incapaz, como el modelo que Reino Unido establece en sus regulaciones⁵⁷: presumir que la persona tiene capacidad en un principio, y no tratada tampoco al origen como “*incapaz de tomar una decisión hasta que se hayan llevado a cabo todas las medidas posibles para ayudar a tomarla; y la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión simplemente porque previamente tomo una mala decisión*”⁵⁸.

Así, también quedaría pendiente la tarea de armonizar la legislación administrativa con la civil, y no separar tanto “la discapacidad” del “proceso de incapacitación” pues, no es infrecuente en la práctica encontrar personas con alguna discapacidad totalmente desprotegidas por el derecho civil.

4.2.1 Revisión de la institución de la curatela.

El paradigma que se nos plantea en cuanto al diseño de una institución de protección respetuosa con los derechos de las personas con discapacidad y a la luz de la Convención, pero que a la vez sea una institución protectora de esta persona y que, efectivamente, represente a la misma en aquellos actos que no puede gobernar por sí misma; es una de las cuestiones más importantes a resolver.

Como hemos estudiado en el Capítulo II de este trabajo, la institución de la tutela suple completamente la capacidad jurídica de la persona incapacitada ejerciendo en el tráfico jurídico el tutor como tal, y legalmente no cumple con los mandatos establecidos en el artículo 12 de la Convención. Tampoco es una figura que se adapte a lo que demanda el colectivo de las personas con discapacidad sobre todo con la adopción de la Convención y el control de la implementación de la misma que lleva la ONU al respecto, sino que, es la propia jurisprudencia la que está adaptando esta figura a lo convencionalmente establecido. No obstante, sí que podíamos afirmar que la curatela era una institución que se adaptaba a la Convención, al ser el curador un representante más que una representación supletoria, pero surge entonces la problemática de si esta figura se adapta realmente a las necesidades de la persona a la que se va a incapacitar.

⁵⁷ La regulación sobre capacidad se incluye en el “Mental Capacity Act.”

⁵⁸ BARRETO SOUZA, R.; “Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; American University International Law Review; 2015; pg 199-200

Por ejemplo, el autismo en grado 2 podría complementarse con una curatela e incluso, exigiese en ocasiones una curatela reforzada, pero una persona con autismo grado 1 podría verse seriamente perjudicada al estar sometida a una curatela que realmente es al final, una representación en su vertiente más asistencial o complementaria a la capacidad podría resultar insuficiente y se exigiera en realidad un curador más empoderado o resultaría adecuada una figura más cercana a la tutela. También surge un problema con este grado intermedio o algunos de grado 1: sus momentos de mayor “lucidez” y “capacidad de obrar” en contraste con los momentos de “crisis”⁵⁹; que nos llevaría al planteamiento que la SAP Málaga (Sección 6ª) de 22 de Septiembre de 2009 hace, pues *“se plantearía el problema de distinguir en qué momento la crisis existe o no, dependiendo ello de apreciaciones subjetivas, para determinar así si la persona conserva en cada momento su capacidad de obrar, situación que debe excluirse por completo, entre otras razones, por seguridad jurídica”*.⁶⁰

Por lo tanto, concluimos que “replantear la curatela” e incluso otorgarle en cada sentencia un mayor o menor espectro de poderes al curador dependiendo del incapaz, sería la institución más beneficiosa para por ejemplo casos de autismo de grado 1 o de grado 2, que van desde una discapacidad más profunda con un autogobierno menor y mayor necesidad de asistencia y representación, a una discapacidad más leve con periodos de intervalos de lucidez y crisis. Este replanteamiento o amplitud del espectro de poderes ya se ha hecho en sentencias como la SAP Segovia (Sección 1ª) de 31 de Julio de 2012⁶¹, que admitía que el curador obtuviese poderes de supervisión y protección del incapaz en los actos civiles y patrimoniales, así como de disposición y de administración de sus bienes.

⁵⁹ SALAS MURILLO, S.; “Repensar la Curatela”; Derecho Privado y Constitución, Universidad de Zaragoza, ISSN: 1133-8768. Núm. 27, enero-diciembre 2013; pg 26.

⁶⁰ SAP Málaga (Sección 6ª) de 22 de Septiembre de 2009 JUR 2010/95318

⁶¹ *“... el retraso mental leve que presenta el recurrente exige sea complementado, integrado y asistido en el aspecto económico-patrimonial —que no sustituido— incluidas las expensas corrientes y cotidianas. Es así que necesitará supervisión y control para todo acto de administración y disposición sobre sus bienes y no sólo en relación con los actos a que se refiere el art. 271 Cc como pedía en su recurso. La iniciativa del incapaz habrá de ser valorada, pero siempre controlada y encauzada por el órgano de guarda que se designe”*. SAP Segovia (Sección 1ª) de 31 de Julio de 2012, JUR 2012/312367

4.2.2 *El guardador de hecho.*

La figura del guardador de hecho⁶² ha cobrado relevancia en los últimos años sobre todo en el caso de las personas mayores con alguna discapacidad pero no incapacitadas. Desde que se introdujo esta figura en el Código Civil tampoco se ha desarrollado en el mismo con mayor profundidad, pero la relevancia de la misma es innegable, pues, es una figura más común de lo que se puede llegar a concluir. En el caso de la persona discapacitada que no haya sido sometida a un proceso de incapacitación, y que quede al cuidado de los familiares más próximos, encontraríamos la institución de la guarda de hecho; y es que hay en nuestra sociedad actual “*reticencia o prevención a la adopción de medidas de restricción de la capacidad de obrar por medio de la incapacitación y al nombramiento judicial de una institución tutelar*”⁶³; inclusive en el caso de que los propios padres sigan cuidando del discapacitado a lo largo de su vida (que debieran entonces solicitar la prórroga de la patria potestad hasta que se extinguiese la misma por las causas legalmente establecidas).

Aunque, como hemos expuesto, en el Código Civil no esté regulada de manera muy amplia, en la realidad práctica, el guardador de hecho no es un simple gestor o administrador del patrimonio de la persona supuestamente incapaz y discapacitada, sino que también se presta a sus cuidados y atenciones; teniendo poderes reconocidos en la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad para promover el patrimonio protegido de las personas con discapacidad.⁶⁴

No obstante, a pesar de la importancia del guardador de hecho, esta institución actualmente sólo produce efectos en cuanto a lo ya realizado por el mismo como cuidador de la persona incapaz, es decir, el reconocimiento de la legalidad de los actos realizados en interés del incapaz guardado, así como lo administrado sobre el patrimonio del mismo e inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios por parte del guardador si en el ejercicio de la guarda los hubiera sufrido.

⁶² Ver Capítulo II epígrafe 4.

⁶³ MONDÉJAR PEÑA, M^a Isabel; “La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid nº 31; 2015-I, pp. 369-398; ISSN1575-720-X

⁶⁴ HERNÁNDEZ CABALLERO, María José; “La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad”; Diario La Ley, N° 8991, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer; 1 de Junio de 2017

Todo esto es lo que recogen los artículos 302 a 306 del Código Civil, sin entrar en más detalle a su regulación pues, como afirma LECIÑENA IBARRA; “*La guarda de hecho está abocada a desaparecer tan pronto sea descubierta su existencia, al entender aquél que su destino natural debe ser su sustitución por una de las figuras tutelivas recogidas en el artículo 215⁶⁵ del Código Civil*”⁶⁶. A mayor abundamiento, el artículo 303.1 redonda en la temporalidad de esta figura pues le corresponde a la autoridad judicial la posibilidad de otorgar facultades tutelares a los guardadores “*cauteladamente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada (...)*”.

Se ignora por el propio derecho que el guardador de hecho, transformado en “guardador de derecho” pudiera ser especialmente la institución que la Convención promociona, el modelo de apoyos, sin tener que crear ninguna institución ad hoc sino desarrollando profundamente la misma.⁶⁷

Los detractores de la figura guardador de hecho afirman que esta institución no protege realmente a las personas con discapacidad, así como la suficiencia de las figuras de la tutela y la curatela en cuanto a lo establecido en la Convención; pues “*la falta de control público de estas guardas propicia, (...), la existencia de una horrible realidad en la que se desarrollan sórdidas actuaciones por estafadores, ladrones, abusadores de confianza, contratantes dolosos que, en su calidad de guardadores de hecho, pretenden aprovecharse injustamente de la persona guardada, de su especial situación psíquica y física y de sus muchas necesidades de cuidado y afecto.*”⁶⁸. También se sustentan en la falta de título de nombramiento tanto judicial o administrativo de la figura, que puede

⁶⁵ Tutela o Curatela

⁶⁶ LECIÑENA IBARRA, Ascensión; “La guarda de hecho de las personas mayores”; Thomson Reuters Editorial Civitas, 1ª Edición, Navarra, 2015; pg 31

⁶⁷ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», Vol. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, p. 307 (pp. 295-338)

⁶⁸ MONDÉJAR PEÑA, Mª Isabel; “La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* nº 31; 2015-I, pp. 369-398; ISSN1575-720-X

suponer un problema a la hora de realizar actos jurídicos en nombre y beneficio del guardado.⁶⁹

Sin embargo, un posible empoderamiento de la figura del guardador de hecho, convirtiéndola en una institución constatada por acta de notoriedad notarial o por la autoridad judicial⁷⁰, que pueda acceder al Registro Civil, que además, pueda administrar o realizar ciertos actos del guardado en función de su grado de discapacidad, sería la solución a la falta de control actual de la misma. Nosotros consideramos que la guarda de hecho es la figura que se corresponde al modelo de apoyos alternativo a la modificación de capacidad del discapacitado a la luz de la Convención, pues, esta institución en primer lugar, respeta la capacidad jurídica de la persona, la asiste, puede llegar a tener ejercicio sobre su patrimonio, gestión y administración; y sobre todo apoyarle en la gestión de su autogobierno.

4.2.3 El modelo de apoyos en otros derechos.

Así como ya quedó mencionado el régimen de Reino Unido, solamente haremos una breve mención a otros órdenes jurídicos que incluyeron en su sistema de modificación de la capacidad el modelo de apoyos que promulga la Convención.

Italia fue bastante revolucionaria en la creación del modelo de apoyos⁷¹, creándola antes inclusive de la proclamación de la misma Convención, En 2004 se desarrolla la figura de la “administración de apoyos” en la Ley 6/2004, institución que protege a la persona discapacitada (no incapacitante)⁷² invirtiendo por así decirlo, el orden de consulta en la toma de decisiones. El administrador debe consultar todas las decisiones

⁶⁹ LESCANO FERIA, Patricia A.; “La guarda de hecho y la responsabilidad civil”; Tesis Doctoral Universidad de Oviedo; Oviedo, 2015

⁷⁰ Como afirma LECIÑENA IBARRA, “*la guarda retrospectiva a la que hace referencia el CC dejaría paso a una guarda judicializada que regulariza una situación de hecho con vocación de futuro en algunos casos, bajo la vigilancia y el control del juez*” en LECIÑENA IBARRA, Ascensión; “La guarda de hecho de las personas mayores”; Thomson Reuters Editorial Civitas, 1ª Edición, Navarra, 2015; pg 31

⁷¹ En italiano “Amministrazione di sostegno”

⁷² Aquí tener en cuenta que el Derecho Italiano hace diferencia entre el discapacitado “incapacitante” y el “no incapacitante”, y la diferencia para constituir una u otra institución (la administración de apoyos y la “interdicción” según los artículos 404 y 414 del Código Civil italiano) pertenecen plenamente al juez, confirmado por la Sentencia de la Corte Constitucional del 9 de Diciembre de 2005. DE BARRÓN ARNICHES, P. “El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, 2009, pg 5.

que conciernan a la persona implicándola en las mismas, de todos los ámbitos de sus vidas⁷³. Este administrador sólo puede ser una persona física, y habitualmente es el “*familiar cercano del beneficiario de la medida.*” si bien “*solo en el supuesto excepcional en que se demostrara su necesidad, el juez deberá encargar esta actividad a un profesional(...)*”.⁷⁴

El “*Betreuung*”⁷⁵ es la institución que se recoge en el Código Civil alemán o BGB⁷⁶. Es bastante parecida al modelo italiano de apoyos y también subordina la “*incapacitación*” al establecimiento de una figura de apoyo a la persona que lo necesite. No modifica su estado civil pues, no restringe la personalidad jurídica sino que la suplementa, y el contenido de esta institución se determina judicialmente, “*con la posibilidad, incluso, de nombrar representante legal del asistido para determinados actos jurídicos*”⁷⁷. No obstante, aunque, realmente se refiera a un modelo de asistencia, el concepto que el derecho le otorga al “*Betreuung*” no es el de asistente sino el de curador, solo que en la traducción del alemán al castellano, el concepto puede desvirtuarse.

En el derecho civil catalán existe la figura de la “*Asistencia*”, regulada en los artículos 226.1 a 226.7 del Código Civil Catalán. Esta figura asistencial se parece también a las otras dos enunciadas anteriormente y de hecho, logra inspirarse en el “*Betreuung*” alemán y el administrado italiano pues, protege a la persona “*sin necesidad de modificar judicialmente la capacidad de la persona que tiene esa “disminución no incapacitante*”⁷⁸ La asistencia puede ser o patrimonial, o personal y siempre, bajo la supervisión del juez, y el asistente designado actúa conjuntamente con

⁷³ VIVAS TESÓN, Inmaculada; “Más allá de la capacidad de entender y querer”; Editorial v-LEX; Julio, 2012; pg 31

⁷⁴ DE BARRÓN ARNICHES, P. “El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, 2009, pg 7

⁷⁵ La traducción de “*Betreuung*” al castellano es “apoyo” o “asistencia”.

⁷⁶ Bürgerliches Gesetzbuch

⁷⁷ DE BARRÓN ARNICHES, P.; “La asistencia en el derecho civil catalán: ¿hacia un modelo europeo de protección de las personas vulnerables?”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, Noviembre 2013, pg 814

⁷⁸ FERRER, Antonio M.; RODRÍGUEZ, A.; “*La Asistencia, institución de protección de la persona con discapacidad no incapacitante. Una visión desde la discapacidad intelectual*”; Legal Today; 20 de Febrero de 2015.

el asistido, bajo control judicial. No obstante, una de las características “clave” de esta institución es que la persona que requiera de ayuda sea consciente de que exige la misma para poder así nombrar al asistente⁷⁹, lo que, a nuestro juicio puede resultar extraño pues, si la persona es consciente de su propio autogobierno ¿requerirá realmente esta figura de apoyos? ¿es entonces esta institución una suerte de asistente social con control judicial? ¿o es en realidad una guarda de hecho reforzada?

Concluimos que esta figura es más adaptativa a una situación de demencia en edades más avanzadas o que por ejemplo podría servir para un autismo de Grado III en el que la persona, apenas discierne de su autogobierno pero que, pudiera requerir de asistencia puntual en cierto momento. No obstante, sí que consideramos que este sistema pudiera poner en entredicho la economía procesal pues, realmente si la asistencia exige un mayor control del juez y es en principio, maleable⁸⁰; podríamos incluso concluir que esta figura podría coincidir con una curatela menos “estricta” o con menores poderes. Tener dos figuras de muy parecida configuración y que exigen más procesos, así como control judicial del mismo calibre, podría poner en entredicho la verdadera protección del discapacitado necesitado de asistencia pues, saturaría la administración de justicia y la lentitud de las resoluciones podrían realmente no asegurar la tutela judicial efectiva.⁸¹

4.2.4 La declaración de incapacidad junto a la declaración de discapacidad.

Reside también parte de la problemática en la divergencia entre el proceso de la modificación de la capacidad civil y el reconocimiento de la discapacidad

⁷⁹ “La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al “cuidado” en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera patrimonial de la persona” DE BARRÓN ARNICHES, P.; “La asistencia en el derecho civil catalán: ¿hacia un modelo europeo de protección de las personas vulnerables?”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, Noviembre 2013, pg 814

⁸⁰ “Es importante añadir como característica fundamental del cargo su naturaleza cambiante, susceptible, por tanto, de adaptarse a las circunstancias y necesidades concretas del sujeto, de tal modo que no se hace sino reconocer la posibilidad de modificación de sus funciones, siendo la flexibilidad y capacidad de adaptación una de sus mejores ventajas.” HERAS HERNÁNDEZ, M^a del Mar; “Entre la tutela de familia y la tutela institucional: dificultades prácticas en el nombramiento del tutor”; en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José; “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”; La Ley, Wolter Kluwer, 1^a Edición, Madrid, Marzo 2011, pg 467

⁸¹ Hay autores que defiende la creación de juzgados provinciales de capacidad, que pudieran resultar a la postre, otra solución efectiva en materia de “economía procesal”. SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda “Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma.” en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José; “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”; La Ley, Wolter Kluwer, 1^a Edición, Madrid, Marzo 2011, pg 467

administrativa. Recordábamos a principio de este trabajo que incapacidad y discapacidad se diferencian principalmente en que una es una declaración del orden civil (incapacidad judicial) y la discapacidad es una declaración administrativa, reguladas ambas con diferentes leyes.

El problema es que, muchas de las discapacidades psíquicas que son las que realmente afectan al autogobierno de la persona en todos sus ámbitos y que, por ello, debieran exigir una protección desde la óptica civil-patrimonial; al final no son amparadas por el derecho civil pero sí por el administrativo. Podremos disponer de todas las ayudas económicas provenientes de la Administración Pública posibles, pero si el derecho civil de la persona no protege al discapacitado, no serán totalmente efectivas estas medidas. En ocasiones, se da el caso contrario: personas incapacitadas mediante sentencia judicial por una discapacidad intelectual que afecta al autogobierno de su persona y que por vía administrativa, todavía no encuentran la protección suficiente o el reconocimiento de su discapacidad.

Por ello, proponemos que, o se armonicen legislaciones remitiéndose unas a otras, o que el procedimiento de incapacidad por razón de falta de capacidad natural, lleve consigo también el reconocimiento de la discapacidad y su grado⁸² pues, además se ahorraría un procedimiento extra, y las pruebas pertinentes a la evaluación del grado de incapacidad del incapaz-discapacitado podrían utilizarse como argumento declarativo del grado de discapacidad⁸³. Es así, nuestra medida más urgente a adoptar más allá para realmente, adaptarnos tanto a la Convención como para ofrecer una protección real, eficaz e integral a las personas discapacitadas, en nuestro caso, el colectivo con autismo.

⁸² *“La falta de equiparación supondría el sin sentido de que las medidas de protección de la LPPD no beneficiasen a la persona incapacitada, sino sólo a las personas con discapacidad, lo cual podría llevar a una serie de consecuencias, bajo mi punto de vista, un tanto rocambolescas (...).”*; BOTELLO HERMOSA, Pedro; *“La ley orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico”*; Revista de Derecho, UNED, núm 17, pg 631

⁸³ La única regulación que recoge esta “convalidación” es el artículo 72.1 del Real Decreto 439/2007 de 30 de Marzo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004 de 20 de Febrero; que en relación al IRPF considera que tendrán la consideración de persona con discapacidad, con un grado de minusvalía igual o mayor al 65% en el caso de personas cuya incapacidad haya sido declarada judicialmente aunque no alcanzase tal grado.

4.3 Una curatela reforzada o el empoderamiento de la guarda de hecho para asegurar la efectiva protección de las personas con Autismo. Hacia un modelo social de la discapacidad.

A pesar de que hemos anunciado a lo largo de este capítulo nuestra preferencia por una “re-planteamiento de la curatela” como solución más eficaz para los autismos de Grado 1 y Grado 2, recopilamos en última instancia las medidas más pertinentes, adecuadas y necesarias para proteger a este colectivo.

En primer lugar, la curatela como una institución “tutelar” sin una superlativa incidencia en la capacidad jurídica de la persona, sin anularla propiamente, sino siendo un complemento de la misma, es totalmente compatible con lo proclamado por la Convención y totalmente adaptativa a la persona con autismo, tanto de grado más severo como de grado medio (Grado I y II).

En segundo lugar, la guarda de hecho reforzada, o siendo una “guarda de derecho”, con formalidades como el acceso al Registro Civil y/o un acta notarial, sería la institución más adecuada para autismos de Grado III que quizás necesiten alguna asistencia puntual o liviana para ciertos ámbitos de su vida o momentos concretos. También significaría la no creación de ninguna figura ad hoc sino, de adaptar la figura que ya recoge nuestro Código Civil, el guarda de hecho, a lo establecido en la Convención y darle seguridad jurídica. Del artículo 303 del Código Civil podríamos eliminar la constitución de medidas cautelares (“*Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, (...)*”) y en cambio convertir en derecho la situación de hecho con el precepto “otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores”.⁸⁴

Consideramos muy relevante también adaptar la nomenclatura de la Convención a nuestro Ordenamiento Jurídico, y derogar además las disposiciones que resulten discriminatorias para el colectivo de las personas con diversidad funcional.

⁸⁴ “Este precepto no sólo recoge la guarda retrospectiva a la que conviene poner fin cuanto antes a través de las vías legales establecidas, sino que al referirse el mismo a la posibilidad de “establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportuno”, brinda cobertura legal a la posibilidad de que el juez dentro de estas medidas decida mantener al guardador de hecho (...).” LECIÑENA IBARRA, Ascensión; “La guarda de hecho de las personas mayores”; Thomson Reuters Editorial Civitas, 1ª Edición, Navarra, 2015; pg 34-35

Si bien el modelo de apoyos puede resultar escaso para personas con una discapacidad severa como un Grado I de autismo, que realmente impida ejercer apenas el autogobierno sobre sí mismos, es importante cambiar la nomenclatura dirigida a este colectivo social bastante amplio en aras de eliminar la total discriminación no solo lingüística sino práctica. Cuando una figura tutelar se proclama en representación y suplencia de la capacidad jurídica de una persona, realmente connota una discriminación a la persona con diversidad funcional al nombrarla como *“no capaz de participar en la sociedad pues carece de todas las facultades.”* La Convención establece claramente que no hay opción al distinguir capacidad jurídica de capacidad de obrar respecto a las personas con discapacidad/diversidad funcional: *“la capacidad jurídica de quienes tienen alguna discapacidad –cualquiera que sea ésta- se reconoce en total igualdad de condiciones respecto de la del resto de los ciudadanos. No hay otro elemento de ponderación, ni puede haber otro instrumento de consideración diferenciado, sino tratar de la misma forma, con las mismas normas, a las personas con discapacidad que al resto de los ciudadanos.”*⁸⁵

La Convención elimina toda discriminación a las personas con diversidad funcional, tanto en términos jurídicos como prácticos. Tratarles como personas sin capacidad jurídica o sin personalidad, tiene un sentido cargado de tal negatividad que reduce a estas personas a meros sujetos sintientes, dependientes y que, en ocasiones no son merecedores de la vida tal y como establece la increíblemente discriminatoria y eugenésica Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. No es cuestión de “aceptar a las personas con discapacidad en nuestra sociedad” sino que estas personas forman parte de nuestra sociedad y demandan un tipo de ayuda diversa a la que podría demandar un menor, o un anciano, o un adulto.

Tampoco consideramos que se deba eliminar las instituciones tutelares radicalmente de nuestro ordenamiento jurídico y centrarnos en el desarrollo de las figuras de administración de apoyos como las promulgadas por el Código Civil Alemán o el Italiano. Hemos observado a lo largo de este trabajo que, por ejemplo, en el caso del Autismo, las personas con Grado I afectadas por esta neuropatía tienen un nivel muy

⁸⁵ “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad “; Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad; 13 de Junio de 2012, Madrid.

alto de dependencia y mínimo de autogobierno a pesar de sus altas capacidades intelectuales. Exige este colectivo, por tanto, una institución que, no supla su capacidad pero que la complemente en la administración de actos personales y patrimoniales que no pueda realizar por sí mismo. Así como la tutela es la materialización de la representación y anulación total de la persona discapacitada al crear la figura de un tutor que prácticamente supla toda su capacidad; la curatela es la institución que representa, que protege pero que también permite que la persona tenga su propia personalidad jurídica sin anularla. Por ello, consideramos y reiteramos la importancia de reformar la institución de la curatela y eliminar la tutela, pues la curatela ofrece mayor espectro de graduación y adaptación a todos los grados de discapacidad, o por ejemplo en nuestro caso de estudio, de los autismos más severos a los leves.

En cambio, sí que promovemos el fortalecimiento de la figura de la guarda de hecho y convertirla en “de derecho” al ser esta institución realmente un modelo de apoyos para la persona con diversidad funcional que no requiera apenas más que el apoyo concreto en ciertos momentos de su autogobierno⁸⁶. De esta manera, no se tendría que elaborar una institución ad hoc que realmente a la postre, imitara a la guarda de hecho pero con control judicial si, nuestro propio Código Civil recoge esta figura y solamente hace falta dotarla de ciertas características formales tales como acceso al Registro Civil, control judicial y rendición de cuentas periódica. Esta institución sería muy útil para discapacidades muy livianas, o por ejemplo autismos de Grado III con facultades muy altas y gran conocimiento que exijan apoyo en ciertos momentos de la vida, e inclusive aplicable a las personas mayores con enfermedades propias de la edad como demencia senil.⁸⁷

⁸⁶ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», Vol. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, p. 307 (pp. 295-338)

⁸⁷ LECIÑENA IBARRA, Ascensión; “La guarda de hecho de las personas mayores”; Thomson Reuters Editorial Civitas, 1ª Edición, Navarra, 2015

5. CONCLUSIONES

1. El proceso de modificación de la capacidad civil en España sigue manteniendo la antigua nomenclatura a pesar de la ratificación por parte del Estado Español de la Convención de la ONU de los Derechos de las personas con Discapacidad de Nueva York 2006. Se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil 7/2000 que todavía no ha sido adaptada a los preceptos de la Convención. Algunas leyes de otros órdenes jurídicos sí que han reformado los conceptos referidos a personas con discapacidad y modificación de la capacidad civil, pero no el propio proceso. Desde la promulgación de la Convención, la jurisprudencia ha ido proclamando la necesidad de la graduación de la incapacidad acorde a la persona necesitada, creando un “traje a medida”. La Convención de la ONU los Derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York en 2006 y ratificada por España en 2008, deja atrás el modelo médico de la discapacidad para adoptar el modelo social. El artículo 12 de este texto convencional parte de la base de que las personas con discapacidad deben tener la misma personalidad jurídica que los demás y abole las distinciones entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar. También se promulga en contra de los procesos de incapacitación que promueven la reducción o eliminación de la personalidad jurídica y promueve en cambio, un modelo de apoyos de la capacidad. En España no ha habido implementación plena de la Convención desde que el proceso de incapacitación de las personas con discapacidad permanece como tal inclusive desde antes de la promulgación de la misma, sin modificaciones en las instituciones tutelares. Tampoco se ha adaptado lo establecido en la Convención pues se mantienen legislaciones discriminatorias contra el colectivo de las personas con discapacidad. No obstante algunos de los esfuerzos legislativos para trasponer la Convención a nuestro Ordenamiento Jurídico se han traducido en leyes como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, o la Ley 1/2009 de 25 de Marzo de reforma de la Ley del Registro Civil, y de la Ley 41/2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad.
2. El autismo es una neuropatía que tiene diferentes grados de manifestación clasificables en general en grado I, II y III. Es así, uno de los trastornos más

ilustrativos de cómo el modelo de protección de la persona con discapacidad debe ser adaptativo a la persona en concreto. El problema principal que presenta esta neuropatía es su amplio espectro de manifestaciones que necesita así un régimen de protección civil totalmente adaptado y que represente en plenitud un verdadero “traje a medida” del incapaz. Para el autismo sería necesario plantear otras instituciones de protección de las personas con discapacidad que se plantean en otros ordenamientos jurídicos o replantear las ya existentes en el nuestro. En otros ordenamientos jurídicos como el alemán, el italiano o el anglosajón, ya se implantó el modelo de asistencia antes de la promulgación de la Convención. En el Derecho catalán, este modelo vino después de la misma si bien, no ha sido muy satisfactoria su puesta en práctica.

3. Replantear la curatela como institución tutelar sería la figura más adecuada para las personas con autismo de Grado I y II pues la capacidad de autogobernarse a sí mismos es bastante limitada requiriendo una figura asistencial que realmente proteja a este colectivo y se adapte al mandato del artículo 12 de la Convención. Así, no es una institución tan invasiva de la capacidad jurídica como podría ser la tutela, que aunque la sentencia deba graduar los actos que el incapaz pueda realizar o no, a la postre realmente anula la capacidad jurídica de la persona pues nombra a un representante legal que prácticamente realizará todos los actos de la persona solamente rindiendo cuentas al juez y con un supuesto interés del incapaz; pero sí es una institución que no deja totalmente desprotegido a una persona con una neuropatía severa como el autismo de Grado I y II, pudiendo regir su persona en los actos que en los que no posea autogobierno pero a su vez no anulando su capacidad jurídica plena.
4. Replantear la guarda de hecho y hacerla “de derecho” sería la figura más adecuada para las personas con autismo de Grado III pues, tienen en general una alta capacidad de autogobierno y no requerirían de asistencia por lo general, o de una asistencia cercana, puntual y restringida a ciertos aspectos concretos que está cubierta con las características de la guarda de hecho si bien, la necesidad actual es que esta institución exija un reconocimiento de iure para otorgarle seguridad jurídica. Así, recoger esta institución de manera más desarrollada en el

Código Civil, o referirla y desarrollarla exhaustivamente en una ley ordinaria, sería otra solución para neuropatías más leves como los autismos de Grado III cuyo autogobierno es muy amplio, incluso completo, y/o inclusive para momentos de mayor o menor lucidez propio del autismo.

5. Para también asegurar una mayor protección de la persona discapacitada que es sometida a un proceso de incapacitación, es necesaria la exigencia de mayor armonización entre la Incapacitación judicial y Discapacidad, pues la discordancia entre ambos procesos suele tener consecuencias poco favorables para el interesado.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ALVENTOSA DEL RÍO, J; “La Incapacitación en España”; Revista Boliviana de Derecho nº 17, Enero 2014.

BARRETO SOUZA, R.; “Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; American University International Law Review; 2015

BOTELLO HERMOSA, Pedro; “La ley orgánica 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico”; Revista de Derecho, UNED, núm 17

BRETÓN DÍEZ, N.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M; GUERRA MORA, P.; “Medidas de modificación judicial de la capacidad: ¿Protección o Iatrogenia?”; Revista de Bioética y Derecho; Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona, 2017

BURGOS DEL PINO, DM.; ROBLES SÁNCHEZ J.L; “*Sobre la Incapacitación civil en las demencias: normativa vigente y revisión de sentencias del Tribunal Supremo.*”; Sanid.mil; 2014; 70 (3) ISSN 1887-8571.

CABELLO DE ALBA, Federico.; “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”; en La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los hechos al derecho”; TIRANT LO BLANCH, Homenajes & Congresos, 2017

CABRERA MERCADO, R.; “El proceso de incapacitación”; McGraw-Hill; Madrid, 1998.

CAYO PÉREZ BUENO, L.; “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en España: la agenda legislativa pendiente una década después.”; en; “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia”, CINCA EDICIONES, Madrid, 2016

CERRADA MORENO, M.; “La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia.”; Noticias Jurídicas; Julio 2010; rec: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4562-la-incapacitacion:-cuestiones-problematicas-del-proceso-civil-de-declaracion-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-/>

DE BARRÓN ARNICHES, P. “El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, 2009

DE BARRÓN ARNICHES, P.; “La asistencia en el derecho civil catalán: ¿hacia un modelo europeo de protección de las personas vulnerables?”; en “Derecho Civil Catalán y Derecho Civil Europeo”; Centro de Investigación de la Universidad de Lleida; Lleida, Noviembre 2013

DE SALAS MURILLO, S.; “Repensar la Curatela”; Derecho Privado y Constitución, Universidad de Zaragoza, ISSN: 1133-8768. Núm. 27, enero-diciembre 2013.

ELORZA DEL RÍO, A. “Guía Práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas discapacitadas”; Fundación Tutelar de La Rioja, Diciembre 2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A; “Capacidad, Incapacidad, Incapacitación, Modificación Judicial de la Capacidad”; Proyecto de Investigación: “La Jurisdicción Voluntaria”; Ministerio de Ciencia e Innovación; Mayo, 2011

FERRER, Antonio M.; RODRÍGUEZ, A.; “*La Asistencia, institución de protección de la persona con discapacidad no incapacitante. Una visión desde la discapacidad intelectual*”; Legal Today; 20 de Febrero de 2015.

GONZÁLEZ MORÁN, L.; “Exclusión social y Enfermedad mental desde el Derecho”; en “MARTÍNEZ, J.L (Ed.); “Exclusión social y Discapacidad”; Dilemas éticos de la Deficiencia Mental nº7; Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2005.

HERAS HERNÁNDEZ, M^a del Mar; “Entre la tutela de familia y la tutela institucional: dificultades prácticas en el nombramiento del tutor”; en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José; “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”; La Ley, Wolter Kluwer, 1^a Edición, Madrid, Marzo 2011

HERNÁNDEZ CABALLERO, María José; “La guarda de hecho en el panorama tuitivo de las personas con discapacidad”; Diario La Ley, N° 8991, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer; 1 de Junio de 2017

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», Vol. *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010

IGLESIAS CANLE, I., CANDAL JARRÍN I.S; “Los procesos sobre capacidad de las personas: Especial referencia a las personas dependientes.”; Tirant Monografías 652; Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009.

KINDELÁN BUSTELO, M.; “Nuestro ordenamiento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una visión general sobre los retos pendientes” en “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los hechos al derecho”; TIRANT LO BLANCH, Homenajes & Congresos, 2017

LECIÑENA IBARRA, Ascensión; “La guarda de hecho de las personas mayores”; Thomson Reuters Editorial Civitas, 1^a Edición, Navarra, 2015

LESCANO FERIA, Patricia A.; “La guarda de hecho y la responsabilidad civil”; Tesis Doctoral Universidad de Oviedo; Oviedo, 2015

MONDÉJAR PEÑA, M^a Isabel; “La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”; Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid n° 31; 2015-I, ISSN1575-720-X

PALACIOS, A.; ROMANACH, J.; “El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”;
Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico; ISSN 1887 – 3898

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José; “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”;
La Ley, Wolter Kluwer, 1ª Edición, Madrid, Marzo 2011

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José M^a, CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a
Reyes; “Derecho de la Persona: Introducción al Derecho Civil”;
Editorial Dykinson, Madrid, 2016

SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda “Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma.” en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José; “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”;
La Ley, Wolter Kluwer, 1ª Edición, Madrid, Marzo 2011

TRINCHANT BLANCO, C.; “MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE FAMILIA (Civil)”;
EL DERECHO Lefevre; Madrid; 29 de Junio de 2017.

VIVAS TESÓN, Inmaculada; “Más allá de la capacidad de entender y querer”;
Editorial v-LEX; Julio, 2012

Jurisprudencia

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1082/2002 de 20 de Noviembre

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1945/2015 de 13 de Mayo

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1995/9664 del 30 de Diciembre

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 341/2014 del 1 de Julio

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm 597/2017 del 8 de Noviembre

SAP Málaga (Sección 6ª) de 22 de Septiembre de 2009 JUR 2010/95318

SAP Huelva (Sección 1ª) de 17 de Febrero de 2012, JUR 2012/325984

Legislación

Ley 26/2011 de 1 de Agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; BOE num 184.

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

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, BOE num 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 20/2011 del Registro Civil, BOE num 175 del 20 de Julio.

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

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad; BOE num 83

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York 2006, BOE Núm 96, Abril 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Resolución 67/82 Organización de las Naciones Unidas sobre la “Atención de las necesidades socioeconómicas de las personas, las familias y las sociedades afectadas por los trastornos del espectro autístico, los trastornos del desarrollo y las discapacidades conexas”; 19 de Marzo de 2013

Otras fuentes

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD; “2006-2016: 10 Años De La Convención Internacional Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad – Balance De Su Aplicación En España”; Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Gobierno de España, 2016

Confederación Autismo España, www.autismo.org

FESPAU, Confederación Española de Autismo <http://www.fespau.es/autismo-tea.html>

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; “De la efectiva aplicación de la convención internacional de las naciones unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno.”, Ponencia, 2017.

Organización Mundial de la Salud; “Trastornos de Espectro Autista”; Nota Descriptiva; Abril 2017; <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/autism-spectrum-disorders/es>

Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad; Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad; 13 de Junio de 2012, Madrid.